

Horizons du Droit

The background features a solid orange top section. Below it, there are several overlapping, organic shapes in shades of teal, light blue, white, and gold. The white shape is a large, curved band that separates the teal and blue areas from the gold area at the bottom.

N°49

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Président de l'Association française des docteurs en droit.
(jacquesmestre81@gmail.com)

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Sandie Lacroix-de Sousa

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans.

Marie-Eve Pancrazi

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

Maître de conférences à l'Université de
Clermont-Auvergne.

Les demandes de publications sont à adresser à
l'adresse suivante : sabrina.dupouy@uca.fr

ISSN 2777- 9149

Sommaire

Bulletin n° 49 Octobre 2023

Page 5 Anniversaire de thèse : Dix ans plus tard

Julia HEINICH

Articles :

Page 10 Réflexion sur le droit pénal cybernétique : d'un modèle national pour un droit pénal mondial

Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA

Page 69 Les orientations actuelles du droit constitutionnel africain. Le cas des Etats d'Afrique noire francophone

Eric Stéphane MVAEBEME

Page 113 L'obligation de respect de la Constitution dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone

Alain Ghislain EWANE BITEG

Page 164 Le pouvoir réglementaire du président de la juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone

Marie-Ange BITSACK

Page 215 La formule « dire et juger » ou « constater » peut introduire une prétention que le juge a l'obligation d'examiner, Note sous Cass. 2^e civ., 13 avril 2023, n° 21-21.463

Pierre-Claver KAMGAING

Variété :

Page 245 Les déambulations d'un juriste de droit contemporain dans l'œuvre de Jules Verne

Laure MERLAND

Anniversaire de thèse : 10 ans plus tard

Julia Heinich

Fêter l'anniversaire de sa thèse, pourquoi pas ? On file souvent la métaphore de la soutenance comme l'accouchement de la thèse, voire de la préparation comme sa – longue – gestation. Il n'est donc pas illogique, après sa venue au monde, de célébrer ses anniversaires comme en a pris l'habitude l'Association française des docteurs en droit dans sa revue Horizons du droit, sous l'égide de Sandie Lacroix de Sousa. L'idée est de partager son expérience personnelle de la thèse, le fruit de ses recherches doctorales, des souvenirs de soutenance ou encore d'évoquer l'après-thèse. C'est la mission qui m'a été confiée au travers de l'évocation ma propre thèse, « *Le droit face à l'imprévisibilité du fait* », qui a 10 ans cette année.

Plus précisément, elle les aura le 21 novembre 2023 puisqu'elle a été soutenue le 21 novembre 2013 à l'Université d'Aix-Marseille III, en salle de droit comparé, devant un jury composé des professeurs Philippe Brun, Didier Poracchia, Pierre-Yves Gautier, Hervé Lécuyer et Jacques Mestre, mon directeur de thèse (et actuel président de l'AFDD).

Mais avant d'évoquer la soutenance de la thèse, il faut revenir à ses origines. Le choix de la thèse a été assez tardif pour moi puisqu'il s'est construit pendant l'année de mon Master 2. Il ne résulte en effet pas tant d'une vocation pour la recherche ou pour l'enseignement que d'une rencontre avec celui qui allait devenir mon directeur de thèse, le Professeur Jacques Mestre. C'est lui qui m'a, après beaucoup d'autres, donné l'envie et le courage de me lancer dans cette aventure. Sans lui point de thèse, de qualification, de recrutement, d'agrégation. Une autre carrière, sans doute, mais pas celle-ci. Le rôle et l'impulsion du directeur de thèse sont très souvent déterminants pour un doctorant ; la chance d'avoir eu ce directeur de thèse est inestimable. Qu'il en soit ici remercié.

Il m'a confié un sujet original, un peu surprenant même de prime abord, l'imprévisibilité en droit privé (rapidement réduit à l'imprévisibilité du fait, à l'exclusion de l'imprévisibilité du droit), qui m'a permis d'obtenir, en juillet 2008, un

contrat doctoral de trois ans. S'y est rapidement ajouté un « chapeau » de monitorat, selon la terminologie de l'époque. Cet alignement des planètes m'a conduit à mener de front premiers enseignements et premières recherches en septembre 2008. Datée de sa conception, la thèse a donc non pas 10 mais 15 ans cette année.

Quant aux années de thèse, leur conduite et le ressenti qui les accompagne sont très personnels. Pour ma part, les deux premières années de thèse ont été les plus heureuses : la nouveauté de l'enseignement, immédiatement apprécié, les débuts de la recherche, sans encore s'attacher à ses résultats tangibles, la rencontre d'autres doctorants, aînés jouant le rôle de mentor ou camarades de promotion, le cocon du centre de recherche et l'encadrement d'un directeur et d'enseignants-chercheurs bienveillants. Tous les doctorants n'ont pas cette chance. Or, le cadre dans lequel la thèse est réalisée n'est pas étranger au succès ou aux difficultés rencontrées par les doctorants. Pour autant, même en bénéficiant de bonnes conditions tout n'est pas rose dans la thèse et ce témoignage a aussi pour but de le partager et de l'assumer. Pour encourager ceux qui vivent des moments difficiles, qu'ils sachent qu'ils ne sont pas les seuls et ces moments finissent par passer (au plus tard avec la soutenance !). Aussi, pour rassurer ceux qui ne parviennent pas à les surmonter et choisissent d'arrêter leur thèse. C'est encore pour beaucoup un tabou, mais il n'y a rien de honteux ni de grave à réaliser que la charge est trop lourde, l'exercice pas adapté à une personnalité ou à des aspirations personnelles, et qu'une autre voie serait préférable. Ce n'est pas un échec, c'est un parcours différent, qui est tout aussi honorable que le doctorat. Et quoi qu'il en soit, la réflexion sur une thèse, les recherches, la démarche engagée sont toujours extrêmement formateurs, la thèse serait-elle demeurée inaboutie. Pour ceux qui vont jusqu'au bout, il faut tenir, et soutenir ! Ne parlons pas de la durée de la thèse, sujet qui fâche et qui, là encore, dépend de beaucoup de facteurs souvent très personnels. En trois,

quatre, cinq, six, sept ans... Peu importe le nombre des années, après les nuages et parfois les orages croisés sur sa route vient l'éclaircie, la soutenance.

Moment clé, très symbolique, devant ses pairs et ses proches, elle a été me concernant source d'autant d'appréhension que d'émotion. Cette appréhension et cette émotion, je les conserve encore 10 ans plus tard, un peu par procuration, lorsque je siége dans des jurys ; participer à ce moment si important pour le futur docteur, mais aussi pour ses proches et sa famille, qui y assistent, est toujours une très belle expérience. A l'issue de la soutenance est décerné le titre de docteur en droit. A partir de là, tous les possibles s'ouvrent : enseignant-chercheur, avocat, magistrat mais aussi, et la diversité des membres de l'AFDD est là pour le montrer, notaire ou juriste d'entreprise. Au-delà, le droit n'est pas le seul horizon et les compétences acquises en doctorat pourront servir dans bien d'autres métiers. Car ce qui importe dans la thèse est moins le produit fini que le chemin accompli pour le réaliser. Comme pour le chef-d'œuvre de l'artisan, ce sont les compétences acquises et développées pour le parcourir (endurance, curiosité intellectuelle, raisonnement, esprit de synthèse, patience, pédagogie, et tant d'autres encore) qui font la valeur du doctorat et des doctorants. La thèse est un moyen, pas une fin.

A chacun ensuite de mettre ces acquis au service de son futur métier, dans « l'après-thèse ». Pour moi, ce fut la voie universitaire : qualification par le Conseil national des universités, recrutement en qualité de maître de conférences, puis, deux ans après la soutenance, agrégation de droit privé et sciences criminelles. Aucune de ces étapes n'aurait pu être franchie sans la thèse et plus particulièrement sa soutenance, qui mérite donc bien d'être célébrée en cette année !

Et puis, parfois, après quelques années, la thèse ressurgit. La mienne l'a fait, de manière inattendue (mais n'était-ce pas son sujet ?) en mars 2020 avec la

pandémie du Covid-19 qui a mis l'imprévisibilité au cœur des préoccupations des juristes. Un virus, est-ce prévisible ? Une pandémie ? Une maladie ? Un confinement ? Des mesures restrictives ciblées ? Qui doit supporter le risque ? Est-ce de la force majeure ? De l'imprévision ? Le contrat est-il rompu ? Suspendu ? Comment interpréter les clauses qui évoquaient la survenance de tels faits ? Toutes ces questions m'ont été posées et pour y répondre, j'ai dû me replonger dans ma thèse et dans mes recherches. Heureusement, sans nouvelle soutenance à la clé...

**REFLEXION SUR LE DROIT PENAL CYBERNETIQUE :
D'UN MODELE NATIONAL POUR UN DROIT PENAL
MONDIAL**

**Pr Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA, - Agrégé de Droit privé et des
Sciences Criminelles - Université de DOUALA¹**

¹ Tel : +237679783741 ; 699127018 moneboulou@yahoo.fr

Résumé

La commission des actes contraires à l'ordre établi dans le cyberspace a fondé l'adoption des lois pénales contre la cybercriminalité dans certains Etats. Outre le législateur national, des textes à valeur régional et continental ont été pris. Cependant, il ressort une démarche peu cohérente. En effet, pour un phénomène mondial, les Etats ont plutôt opté pour des politiques législatives valorisant la loi nationale. La présente analyse fait le choix d'un pays et ressort l'incohérence d'un droit pénal national contre la cybercriminalité. En alternative, est préconisée l'offre d'un domaine favorable au développement d'un droit pénal mondial.

« *Le droit est nécessairement influencé par les données, qui lui sont extérieures, mais qu'il est appelé à régir. Les faits transforment toujours le droit* » affirmait Philippe Le Tourneau¹. L'informatique conjuguée avec les technologies de communication a donné naissance à l'internet, « la toile d'araignée mondiale ». L'Internet a bouleversé le monde grâce aux formidables opportunités en matière l'information et de communication². En effet, avec l'avènement d'internet, le monde devient un village planétaire. La raison est que les hommes se communiquent à l'aide des NTIC³. Un tel instrument est inéluctablement positif au regard des avantages qu'il procure⁴. Mais comme l'affirmait le Doyen Carbonnier : « *L'évolution des mœurs et des techniques donne naissance à de nouvelles formes de délinquance*⁵ ». Ainsi, internet peut aussi servir d'instrument pour commettre des actes négatifs⁶ appelés cyber-crime⁷ ou cybercriminalité⁸ selon la doctrine. Pour répondre à ces actes négatifs, l'Etat a le pouvoir d'édicter la loi pénale.

C'est dans ce sillage qu'intervient le thème intitulé : « *Réflexion sur le droit pénal cybernétique : d'un modèle national pour un droit pénal mondial* ». Une

¹ Ph. Le TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Paris, 2ème éd. refondue, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2002, n° 0.15.

² Dj. SOW, « Retour sur l'adaptation du droit au numérique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 77.

³ « Les TIC ne sont pas tombées du ciel brusquement dans les années 90 ». L'évolution actuelle résulte d'un processus enclenché depuis de nombreuses années et concrétise le développement conjugué de l'audiovisuel, des télécommunications et de l'informatique, c'est-à-dire des éléments constitutifs du « monde en réseau ». Cf., M. AZZEDINE SI, *Internet à l'école : usages et enjeux*, Paris, L'Harmattan, 2000, p 7.

⁴ Internet est devenu un moyen de communication incontournable, du fait de la richesse et de la variété des informations disponibles. Cf. O. ZELLER, « Surfer sur internet : quels risques ? Quels points de droit concernant le réseau. », *Cahiers de Recherche*, N°2, Mai 2002, p 65.

⁵ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1978.

⁶ « L'essor des réseaux numériques a entraîné l'apparition d'une nouvelle forme de criminalité... », Cf. P. ASSANE TOURE, « La cybercriminalité dans les législations communautaires intégrées en Afrique », in *La législation communautaire intégrée en matière de criminalité d'affaires*, Formation des magistrats, avocats et officiers de police judiciaire des services d'Interpol, du 02 au 05 septembre 2013, p 2.

⁷ En ce sens, M. QUEMENER et Y. CHARPENEL, *Cybercriminalité ; Droit pénal appliqué*, Paris, Economica, 2010, p. 7, n° 27.

⁸ M. CHAWKI, *Essai sur la notion de cybercriminalité*, IEHEI, juillet 2006, 36 pages du site : iehei.org

définition des termes du sujet s'impose pour éviter le piège de la polysémie. Deux termes méritent une emphase notionnelle : cybernétique et Droit pénal.

Cybernétique est un adjectif, qui vient de cybercriminalité. Et la cybercriminalité est définie par la loi¹. Elle désigne un ensemble des infractions s'effectuant à travers le cyberspace² par d'autres moyens que ceux habituellement mis en œuvre, et de manière complémentaire à la criminalité classique³. Il ressort de cette définition une distinction entre la criminalité classique⁴ et la criminalité cybernétique. La définition renseigne aussi que le moyen de commission de l'infraction est déterminant pour que l'infraction relève de la cybercriminalité⁵. Ce phénomène comporte trois caractéristiques⁶ : la fragilité et la volatilité des éléments constitutifs de l'infraction (informations numériques)⁷, la facilité du recours à l'anonymat sur les réseaux⁸, et la transnationalité des réseaux⁹. La cybercriminalité ne se confond pas avec la cybersécurité. Cette dernière s'entend de l'ensemble de mesures de prévention, de protection et de dissuasion d'ordre technique, organisationnel, juridique,

¹ Loi N°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

² Le terme cyberspace désigne, d'après le *Petit Robert*, un « ensemble de données numérisées constituant un univers d'information et un milieu de communication, lié à l'interconnexion mondiale des ordinateurs. » Il est dérivé de l'anglais *cyberspace* (contraction des termes Cybernétique et Espace), néologisme également considéré comme un buzzword, qui est apparu, au début des années 1980, dans une nouvelle de William Gibson.

³ Article 4 alinéa 32. Cet article s'est inspiré de l'article 1^{er} Directive N° 07/08-UEAC-133-CM-18, du 19 décembre 2008 fixant le cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et des services de communications électroniques au sein de la CEMAC.

⁴ Commission des infractions en dehors du cyberspace ou dans le monde physique.

⁵ L'infraction doit être commise à la faveur d'une interconnexion des ordinateurs ou des appareils ayant les fonctions d'un ordinateur.

⁶ L. KALINA, « Lutte contre la cybercriminalité : vers la construction d'un modèle juridique normalisé », Séminaire ADIE-Coopération française « Informatique et libertés, quel cadre juridique pour le Sénégal ? », disponible sur <http://www.adie.sn>

⁷ Les éléments peuvent être effacés ou modifiés à tout moment et de n'importe quel endroit, et qui doivent donc être préservés rapidement pour permettre aux services d'enquête et de poursuites de caractériser l'infraction.

⁸ Ce qui rend difficile la localisation et l'identification des auteurs, indispensables pour permettre l'imputabilité des infractions.

⁹ Elle permet au criminel de pouvoir commettre une infraction de n'importe quel endroit de son choix, de sorte que les éléments de l'infraction peuvent se retrouver dispersés sur les territoires de plusieurs pays dont les législations ne seront pas forcément homogènes avec d'inévitables problèmes de conflits de souveraineté.

financier, humain, procédural et autres actions permettant d'atteindre les objectifs de sécurité fixés à travers les réseaux de communications électroniques, les systèmes d'information et pour la protection de la vie privée des personnes¹. En clair, la cybersécurité est une politique préventive et s'appuie sur plusieurs leviers ; alors que la cybercriminalité est un phénomène criminel². La loi situe la cybercriminalité à côté de la cybersécurité, parce que la cybercriminalité est le levier de la politique pénale. Le modèle national de droit pénal cybernétique est celui du Cameroun. Il est incarné par la loi camerounaise sur la cybercriminalité de 2010. Elle s'inscrit dans un contexte marqué par un effort des pays membres de la CEMAC et de la CEEAC de lutter contre ce phénomène. Les textes suivants plaident en ce sens : Règlement n° 02/03-CEMAC-CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement qui incrimine les atteintes aux systèmes de paiement ; Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 fixant le cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et des services de communications électroniques au sein de la CEMAC ; Projet de loi-type CEMAC/CEEAC sur la lutte contre la cybercriminalité en cours depuis le 22 avril 2010 ; et la Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel du 27 juin 2014.

Quant au Droit pénal, il peut s'entendre comme une discipline de la famille des sciences criminelles. En ce sens, le Droit pénal se distingue des autres disciplines³. Dans la chapelle Droit pénal, peuvent exister quatre chambres : le

¹ Article 4 alinéa 33.

² Le phénomène criminel est tout comportement de refus des normes, infraction ou déviance. Cf. M. DELMAS MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982, p 14.

³ Le Droit pénal n'est pas à confondre avec la criminologie, la pénologie, la criminalistique, la victimologie, etc.

droit pénal général¹, la procédure pénale², le droit pénal international³ et le droit international pénal⁴. La présente analyse va exclure le droit international pénal, parce que la cybercriminalité n'entre pas dans la catégorie des crimes graves⁵. Cela veut dire que la définition du Droit pénal prendra en compte le droit pénal général, la procédure pénale et le droit pénal international pour la coopération judiciaire pénale. Et le droit pénal cybernétique serait la branche du droit pénal, qui s'occupe de la détermination et de la répression des infractions constitutives de la cybercriminalité. Dans le cadre de la présente analyse, le droit pénal cybernétique s'assimile à la loi de 2010 sur la cybercriminalité au Cameroun et les textes relatifs à la procédure pénale.

Au terme de cette analyse notionnelle, la compréhension du sujet semble aisée, étant donné que le contenu et l'étendue des concepts sont connus. Les enjeux de l'analyse méritent d'être précisés. Un pays, à l'exemple du Cameroun, a adopté une loi contre la cybercriminalité. Or la cybercriminalité par nature se veut un phénomène mondial. Il en résulte l'interrogation suivante : *Doit-on se contenter de la copie actuelle du droit pénal cybernétique au Cameroun ?*

¹ Le droit pénal général est défini comme l'ensemble des règles ayant pour objet de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant en être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables. F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 10^e édition, Economica, 2003, p 3.

² La procédure pénale renvoie à l'ensemble des règles relatives à la constatation des infractions ainsi qu'à l'identification, l'appréhension, la poursuite et le jugement de leurs auteurs. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Paris, 2^e édition, Economica, 2012, p.1.

³ Le droit pénal international est la branche du droit pénal qui étudie les infractions d'envergure nationale, ayant élément d'extranéité et obligeant une interconnexion des systèmes pénaux des Etats pour assurer la répression par la coopération internationale. En un mot, le droit pénal international revêt une partie des aspects internationaux des droits pénaux internes. H. M. MONEBOULOU MINKADA, Code pénal de 2016 au Cameroun et les crimes internationaux, *Revue Camerounaise de Droit et de Sciences Politique, JANUS*, N° 7, Décembre 2019, p 201.

⁴ Le droit international pénal est la branche du droit pénal qui étudie les crimes supranationaux. Ce sont des atteintes aux fondements de l'ordre international que sont : la paix et la sécurité internationale d'une part et la dignité humaine d'autre part. Le droit international pénal s'intéresse aux crimes contre l'humanité. H. M. MONEBOULOU MINKADA, *op.cit.*, p. 201. ; D. REBUT, *Droit pénal international* », Paris, Précis Dalloz, 2e éd., 2014, p.726. Lire aussi : D. REBUT, *Droit pénal international* », Paris, Précis Dalloz, 3e éd., 2019, 822 pages

⁵ Cette catégorie est réservée aux actes prévus par l'article 5 du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale : crime contre l'humanité, crime de guerre, crime d'agression et crime de génocide.

Cette question peut générer plusieurs réponses. Pour certains, il faut se contenter de la copie actuelle du droit pénal cybernétique au Cameroun. Pour d'autres, il ne faut pas se contenter de la copie actuelle du droit pénal cybernétique au Cameroun. Pour une autre opinion, il faut réformer la copie actuelle du droit pénal cybernétique au Cameroun. Enfin, une dernière position, *la copie actuelle du droit pénal cybernétique camerounais provoque une nouvelle réflexion*. Cette dernière réponse est adoptée par l'analyse.

La thématique regorge un intérêt à la fois théorique et pratique. Au plan théorique, l'étude va permettre d'évaluer le droit pénal cybernétique à l'aune de la politique criminelle, et de partir de la dynamique d'internationalisation du droit pénal, pour expérimenter celle de la mondialisation. Au plan pratique, la présente étude n'est pas la première en Afrique et ailleurs comme le témoigne les travaux ici référencés¹. Toutefois, sa particularité sera de formuler un plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal mondial.

¹ DIOUF NDI AW, « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale: l'inadaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », in <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/pdf/04doc12diouf.pdf> ou Ohadata D-05-15, www.ohada.com. Voir également *Revue de l'Association sénégalaise de droit pénal*, 1997-1998 n° 5-6-7-8.E. ; A. ANMONKA répression de la cybercriminalité dans les Etats de l'UE et de l'Afrique de l'Ouest, Thèse de droit public, Paris V, 2015. P. ASSANE TOURE, *Le traitement, de la cybercriminalité devant le juge : l'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2014, D. J. SOW, « retour sur l'adaptation du droit au numérique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016 ; J.P. MALONGA YOUNAS, La répression des agissements liés aux nouvelles technologies de l'information : l'exemple du Congo, Thèse, Dakar 2003 · P.M. REVERDY, La matière pénale à l'épreuve des nouvelles technologies, Thèse, Toulouse I, 2005. · EL CHAER N., La criminalité Informatique devant la justice pénale, Thèse, Poitiers, 2003 ; F. CASILE, Le code pénal à l'épreuve de la délinquance Informatique, Thèse, Aix-Marseille, 2002 ; A. KABORE, La problématique des perquisitions et saisies en ligne en Afrique de l'Ouest : état des lieux et perspectives: Cas du Burkina Faso, du Mali, du Sénégal et du Togo, mémoire de Diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées en «Droit du Cyberespace Africain», Université Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal), UFR de Sciences Juridique et Politique, Année Académique 2006- 2007 ; LEBEYA, SESWANTSHO Godfrey, "Organised crime in the South African Development Community With Specific reference to Motor Vehicle Theft" LLM Thesis University of South Africa, November 2007; S. M. MAAT, "Cyber Crime A comparative Law Analysis". LLM Thesis University of South Africa, November 2004 ; R. BOOS, La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des Etats, thèse, université de Lorraine, 2016 ; S. TEPI, *la cybercriminalité au Cameroun : enjeux d'une législation en quête d'efficacité*, Paris, L'Harmattan, 2020.

La copie actuelle du droit pénal cybernétique camerounais provoque une nouvelle réflexion. Celle-ci s'inscrit en faveur d'un mouvement critiquant un droit pénal cybernétique nationalisé (I), et favorisant un droit pénal cybernétique mondialisé (II).

I- D'UN DROIT PENAL CYBERNETIQUE NATIONALISE...

Le droit pénal cybernétique nationalisé renvoie à la loi pénale sur la cybercriminalité adoptée par un Etat, bien que s'inspirant des textes internationaux. Le modèle national que la présente analyse a retenu la loi de 2010 sur la cybercriminalité. L'examen de ce texte permet de ressortir une dimension statique (A) et dynamique (B).

A-Une dimension statique du droit pénal cybernétique

La dimension statique du droit pénal cybernétique correspond aux aspects, où la loi de 2010 sur la cybercriminalité est conforme aux standards du droit pénal. Cette idée sera illustrée sur le plan substantiel (1) et procédural (2).

1-Le statisme dans le droit pénal cybernétique substantiel

Le droit pénal cybernétique substantiel renvoie au droit pénal général. C'est l'étude des sources, des infractions, de la responsabilité pénale, et des sanctions. Les points suivants vont être retenus pour étayer le statisme dans le droit pénal cybernétique substantiel : les fondamentaux du droit pénal, la structure de l'infraction, et la responsabilité.

-le statisme dans les fondamentaux du droit pénal : Le droit pénal a pour fondamentaux le principe de nécessité et celui de la légalité criminelle. Les raisons d'existence du droit pénal sont dans l'idée de nécessité de cet instrument législatif et ses objectifs. La nécessité du droit pénal signifie que ce dispositif soit

indispensable, utile pour la vie en société. Cela veut dire qu'avant l'élaboration du droit pénal, la vie en société s'illustre par la difficile cohabitation. On parle d'état de jungle caractérisé par la guerre permanente. Pour en sortir, il était nécessaire de mettre en place un droit pénal. L'explication est fournie par Beccaria¹, d'où le *principe de nécessité*. Et la conséquence logique est le *principe de la légalité criminelle*. Ce principe directeur doit être compris comme une règle essentielle à laquelle doit se conformer le législateur. C'est une règle fondamentale de valeur supra-législative et protectrice des droits de la personne². La loi de 2010 sur la cybercriminalité est restée fidèle au principe de la légalité criminelle. Ce principe est une règle, qui veut que le législateur soit l'instance compétente pour élaborer la loi pénale. Il se décline en latin par la maxime : « *Nullum crimen nulla poena sine lege* ». Il signifie : « *pas de crime, pas de peine sans loi* ».

-le statisme dans la structure de l'infraction : Le droit pénal a un contenu, qui n'est pas trahi par la loi de 2010 sur la cybercriminalité. Il est question de son noyau dur. Et ce contenu comprend les infractions. Dans sa structure, une infraction comporte une prescription et une sanction. La prescription est un énoncé indiquant le comportement interdit. Et la sanction est la mesure répressive frappant le responsable de l'acte. La loi de 2010 sur la cybercriminalité indique clairement à la page 20 article 60 le titre « *Chapitre II : Des infractions et des sanctions* ». Concernant les types de sanctions, le droit pénal classiquement prévoit la peine de mort, la peine privative de liberté et l'amende comme peines

¹ Il affirmait : « *Libres et isolés sur la surface de la terre, las de s'y voir sans cesse dans un état de guerre continuel, fatigués d'une liberté que l'incertitude de la conserver rendait inutile, les hommes en sacrifièrent une partie pour jouir sûrement et en paix du reste. Pour former une société, il fallut des conditions, et voilà les premières lois. Toutes les portions de libertés sacrifiées ainsi au bien d'un chacun se réunissent pour composer la souveraineté d'une nation, dépôt précieux dont le souverain est le gardien et le dispensateur légitime. Mais ce n'était point assez d'avoir formé ce dépôt : tel est l'esprit despotique de chaque homme en particulier, que, toujours prêt à replonger les lois de la société dans leur ancien chaos, il cherche sans cesse à retirer de la masse commune, non seulement la portion de liberté qu'il y a déposée, mais encore à usurper celles des autres ; il fallait donc élever un rempart contre cette usurpation, il fallait des motifs sensibles et assez puissants pour réprimer cet esprit despotique. On les trouva dans les peines prononcées contre les infracteurs des lois* ». C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Traduit par M. Chaillou de Lisy, à Paris en 1773, p. 18.

² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op.cit., pp. 119-122.

principales pour les personnes physiques¹. La dissolution, la fermeture et l'amende sont les peines principales des personnes morales². Les peines alternatives sont : le travail d'intérêt général et la sanction-réparation³. A cela s'ajoutent les peines accessoires pour les personnes physiques⁴ et pour les personnes morales⁵. La sanction est complétée par les mesures de sûreté. Certaines visent les personnes physiques et d'autres les personnes morales comme l'indique l'article 20 du Code pénal camerounais. Un tour sur la loi de 2010 permet d'observer les sanctions diverses. La première est l'interdiction de mise en circulation d'un moyen de cryptographie⁶. Par la suite, le législateur recourt à l'emprisonnement et à l'amende. Parfois, les deux peines sont prononcées simultanément⁷ ; souvent le législateur prescrit l'une ou l'autre⁸. Il convient de signaler que ces sanctions concernent la personne physique. Quant à la personne morale, elle se voit appliquer les amendes⁹ et les peines accessoires¹⁰. Le législateur de 2010 prévoit les cas d'aggravation de la sanction par le doublement¹¹. Cependant, la nature de l'infraction n'est pas modifiée¹².

-le statisme dans la responsabilité pénale : La responsabilité pénale se définit comme l'obligation pour une personne de répondre de ses actes¹³. Elle présuppose que cette personne est douée d'un libre arbitre¹⁴. Une personne obligée de répondre pénalement de ses actes devra en effet subir une peine.

¹ Article 18 alinéa a

² Article 18 alinéa b

³ Article 18-1

⁴ Déchéance, publication de la décision, fermeture de l'établissement, et la confiscation, article 19 alinéa a.

⁵ Interdiction de s'investir dans l'activité de l'objet social, le placement sous surveillance judiciaire, fermeture de l'établissement, publication de la décision

⁶ Article 60 alinéa 2.

⁷ Article 61 alinéa 1.

⁸ Article 61 alinéa 3

⁹ Article 64 alinéa 4.

¹⁰ Article 64 alinéa 4.

¹¹ Article 74 alinéa 4 pour ne citer que celui-là.

¹² Article 21 alinéa 2 du Code pénal.

¹³ F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, op.cit., p. 373.

¹⁴ C'est la capacité de choisir et de comprendre ses actions, car c'est cette capacité qui justifie qu'elle supporte les conséquences.

Toutefois, une personne peut se voir appliquer des mesures de sûreté non pas au titre de la responsabilité consciente, mais pour que la société soit protégée contre son état dangereux. Les mesures de sûreté ne sont donc pas fondées sur l'idée de faute¹. En clair, la responsabilité pénale ne peut être encourue que par l'auteur d'une violation consciente de la loi pénale. Celui qui commet donc une infraction s'expose à l'application de la mesure pénale. Il existe une distinction entre responsabilité pénale des personnes physiques et responsabilité pénale des personnes morales. Par ailleurs, la responsabilité pénale² ne se confond pas à la responsabilité civile³. La responsabilité pénale peut être étudiée à travers trois questions : le fait générateur de la responsabilité pénale, la personne pénale responsable d'une infraction, et les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité pénale⁴. En droit pénal camerounais, le code pénal a consacré deux types de responsabilités : la responsabilité pénale individuelle⁵ et la responsabilité pénale des personnes morales⁶. Pour la responsabilité pénale des personnes morales, la doctrine a observé une trajectoire des dispositions particulières vers un énoncé général⁷. Une analyse récente a interrogé la responsabilité pénale des sociétés commerciales OHADA⁸.

En droit camerounais, la loi sur la cybercriminalité a posé la responsabilité pénale des personnes morales en 2010 ; alors que le code pénal l'a fait en 2016. Toutefois, en dehors de cette exception camerounaise, la responsabilité pénale des personnes morales existait déjà dans le droit pénal en général avant 2010.

¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 18^e édition, 2010, p. 461.

² La responsabilité pénale vise l'application de la sanction pénale.

³ La responsabilité civile a pour fin : la réparation du préjudice né de l'infraction.

⁴ F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, *op.cit.*, p. 375.

⁵ Article 74 du Code pénal.

⁶ Article 74-1 du Code pénal.

⁷ Lire en ce sens : G. NTONO TSIMI, « Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ? », *Archives de politique criminelle*, n°33, Editions Pedone, 2011, pp. 221-244.

⁸ Lire en ce sens : H. M. MONEBOULOU MINKADA, «La responsabilité pénale des personnes morales et les sociétés commerciales de l'OHADA : cas du Cameroun », in B. DJUIDJE CHATUE, R. NJEUFACK TEMGWA et R. ASSONTSA, *La réforme du code pénal camerounais*, Actes du colloque du 14 décembre 2017, Université de Dschang (Cameroun), Monange, 2020, pp. 217-242.

En ce sens, la loi de 2010 sur la cybercriminalité n'a pas navigué en contre-courant de cette admission de la responsabilité pénale dans le champ du droit pénal. Seulement la consécration des deux types de responsabilité s'est faite de deux façons. La première consécration est implicite. Elle consiste pour le législateur de 2010 à ne pas réserver un article précis pour affirmer la responsabilité pénale individuelle. Cependant, certaines formules indiquent la personne pénalement responsable : « Sont punis d'un emprisonnement¹... » ; « Est puni d'un emprisonnement²... », pour ne citer que ces articles. Par contre, la responsabilité pénale des personnes morales est clairement consacrée à l'article 64³. La responsabilité pénale des personnes morales n'exonère pas les personnes physiques, agissant comme auteurs ou complices des faits incriminés⁴. À la vérité ce sont les personnes physiques, qui agissent au nom et pour le compte des personnes morales. Peuvent être poursuivis au titre de la responsabilité pénale des personnes morales les opérateurs suivants : les fournisseurs d'accès à des réseaux de communication électronique accessibles via une borne wifi ; les individus dont l'activité a spécifiquement pour objet, l'offre d'un service payant de connexion en ligne tel que les patrons ou gérants de cybercafés, les personnes qui offrent, dans un cadre public, une connexion internet à leurs clients ou à des visiteurs, notamment les hôtels, les restaurants ou encore les aéroports⁵. Outre les opérateurs, la responsabilité pénale des personnes morales vise les professionnels d'internet. Il s'agit des fournisseurs d'outils de recherche⁶ et des moteurs de recherche⁷.

¹ Article 61

² Article 62.

³ Les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes dirigeants.

⁴ Article 64 alinéa 2 de la loi de 2010.

⁵ Code des postes et des télécommunications, art. L. 32.

⁶ Leur responsabilité peut être engagée en raison des contenus illicites publiés sur leur réseau, si, après en avoir eu connaissance, ils n'ont pas « agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible ».

⁷ Comme exemple de moteurs de recherche, il est possible de citer : *Google, Yahoo, Bing*, etc.

Les développements précédents résument le statisme dans le droit pénal cybernétique substantiel. Ils sont complétés par d'autres développements sur le statisme dans le droit pénal cybernétique procédural.

2-Le statisme dans le droit pénal cybernétique procédural

Le droit pénal processuel s'entend de la procédure pénale. C'est une branche du droit, qui étudie la mise en œuvre de la loi pénale¹. La loi de 2010 sur la cybercriminalité n'a pas remis en cause certains aspects du droit processuel ; parce qu'il a adhéré au cadre et aux phases de la procédure pénale de droit commun. Seront explorés les points suivants :

- *L'adhésion de la loi au cadre de la procédure pénale* : le cadre de la procédure pénale renvoie aux sources et principes directeurs. S'agissant des sources, le procès pénal est enserré dans un réseau étroit de règles que le juge, les parties, les officiers de police judiciaire et toutes personnes concourant à la procédure sont tenus de respecter. Leur violation peut, dans les cas les plus graves, déterminer l'engagement de poursuites disciplinaires, voire pénales, contre l'agent fautif. Elle peut également entraîner la condamnation de l'Etat à des réparations civiles. Par ailleurs, le juge peut priver de son efficacité l'acte irrégulier en le déclarant irrecevable ou le réduire à néant en l'annulant². Et par principe directeurs de la procédure pénale, il faut entendre les règles supérieures auxquelles les dispositions d'un code de procédure pénale doivent être conformes. En détail, les principes directeurs de la procédure pénale désignent l'ensemble des règles fondamentales, d'une valeur supérieure, formant l'armature nécessaire d'un procès pénal respectueux des droits de la personne³. Les principes directeurs ont une valeur supra-législative et protègent les droits de la personne. Dans le contexte camerounais, les sources de la procédure pénale se

¹ Lire sur la question : Ph. KEUBOU, *Précis de procédure pénale camerounaise*, Yaoundé, PUA, 2010, 205 pages.

² F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op.cit., p. 37.

³ Ibid. p 120.

trouvent examiner dans le principe de la légalité de la procédure pénale¹. Outre les sources, de nombreux principes directeurs structurent la procédure pénale. Il en est ainsi : de la présomption d'innocence, de la séparation des fonctions de justice répressive, de l'impartialité des magistrats, du double degré de juridiction, de la publicité de la procédure, respect des droits de la défense etc. La loi de 2010 ne déroge pas au cadre de la procédure pénale. Il est vrai, tout un chapitre I est intitulé : « *Des dispositions du droit processuel*² ». Cependant, il est fait renvoi au code de procédure pénale de manière expresse dans plusieurs dispositions³. Or le code de procédure pénale camerounais a été adopté dans le respect du principe de la légalité de la procédure et se soumet aux principes directeurs de la procédure pénale. C'est pourquoi, il est logique de postuler l'adhésion de la loi de 2010 sur la cybercriminalité au cadre de la procédure pénale.

- *L'adhésion de la loi aux phases du procès pénal* : les phases du procès pénal sont les étapes à observer après la commission d'une infraction. Une distinction est possible entre une procédure pénale nationale et une procédure pénale avec coopération judiciaire.

La procédure pénale nationale rassemble les étapes suivantes : l'enquête, l'instruction, le jugement et les voies de recours. L'enquête et l'instruction procèdent de la phase préparatoire du procès pénal, parce que ce sont les étapes qui préparent l'audience de jugement. Pendant l'enquête, les officiers de police judiciaire recherchent les indices concordants et graves pour fonder la poursuite. Le dossier de procédure est transmis au Ministère public, qui doit apprécier. C'est à ce stade qu'intervient l'opportunité des poursuites. Selon l'appréciation qu'il fera, le Ministère public peut décider de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Si

¹ La légalité de la procédure pénale et la présomption d'innocence. La légalité de la procédure pénale voudrait que celle-ci soit prévue et organisée par la loi. La Constitution a aménagé la légalité de la procédure pénale par des dispositions aussi bien du préambule que du corpus. Au niveau préambule, la formule suivante en est la preuve : « *Nul ne peut être poursuivi, arrêté ou détenu que dans les cas et selon les formes déterminées par la loi* ». Et dans le corpus, l'article 26 (c) 6 dispose : « *La loi est votée par le Parlement. Sont du domaine de la loi (...) la procédure pénale* ».

² Article 52.

³ Articles 52, 54, 56, 57, etc.

les faits sont d'une certaine gravité, l'instruction sera obligatoire. Il en est ainsi en matière de crimes ou crimes avec des délits connexes. Le Ministère public va transmettre le dossier au juge d'instruction pour un deuxième examen. La décision du juge d'instruction est susceptible de recours devant la Chambre du contrôle de l'instruction logée à la cour d'appel. Au terme de l'instruction, débute la phase décisive avec le jugement ; si le Ministère public trouve la demande fondée. La partie insatisfaite par la décision de jugement est fondée à exercer les voies de recours. Sont visées : l'appel et le recours en cassation. Tel est en concentré les étapes de la procédure pénale.

La présente synthèse permet d'avoir une vue d'ensemble d'une procédure pénale classique ; dans l'optique d'effectuer un rapprochement avec la loi de 2010 relative à la cybercriminalité. Cette loi évoque, certes le code de procédure pénale, mais ne ressort pas une procédure pénale dérogatoire. A chaque évocation du code de procédure pénale, il est affirmé la doctrine du conformisme. Il en est ainsi des dispositions relatives aux enquêtes¹, les perquisitions et les saisies², les réquisitions³ et les commissions rogatoires⁴. Ces actes de procédures doivent être posés en s'inspirant du code de procédure pénale. Il en ressort une reconnaissance du code de procédure comme document de repère pour les actes précédents. Par ailleurs, la loi de 2010 sur la cybercriminalité n'indique pas une procédure particulière étrangère au code de procédure pénale camerounais. Toutefois, elle donne déjà les prémices de la nature de cette procédure. Il serait question d'une procédure correctionnelle au regard de la nature des sanctions⁵, et la juridiction de prestation du serment des agents habilités de l'Agence⁶. De la sorte le cybercriminel, identifié par les agents

¹ Article 52 alinéa 1.

² Article 54.

³ Article 56.

⁴ Article 57 alinéa 2.

⁵ Les sanctions de la loi de 2010 ne dépassent pas dix (10) ans de privation de liberté. Et dans la hiérarchie des sanctions de l'article 18 du code pénal, la peine privative de liberté prime sur les amendes.

⁶ L'article 52 alinéa 2 prévoit qu'il s'agit du tribunal de première instance.

habilités de l'Agence et les officiers de police judiciaire, subira l'étape de l'enquête. Puis, il sera remis au Ministère public. Ce dernier va requérir la sanction devant le tribunal de première instance. L'affaire peut continuer en appel ou à la cassation, selon qu'une partie est insatisfaite par la décision rendue par le tribunal.

La loi de 2010 sur la cybercriminalité adhère aux phases du procès pénal eu égard à la coopération judiciaire. Par définition, la coopération judiciaire internationale en matière pénale s'entend de l'exécution par l'Etat requis, à la demande de l'Etat requérant ou d'une juridiction pénale internationale, de mesures propres à faciliter la poursuite et la répression, dans l'Etat requérant ou devant la juridiction pénale internationale, des infractions pénales. Cela veut dire qu'il y a coopération judiciaire internationale quand un Etat (Etat requérant) ou une juridiction pénale internationale demande à un autre Etat (Etat requis) de l'aider à poursuivre un délinquant ou de trouver un accord sur la formule permettant de sanctionner ou de faire subir la sanction au responsable d'une infraction. L'entraide ou coopération judiciaire internationale en matière pénale comprend toutes les mesures accomplies par l'Etat requis, à la demande de l'Etat requérant, visant à faciliter la poursuite et la répression dans cet Etat des infractions pénales commises¹. Tant en droit suisse qu'en droit international, on distingue quatre formes de coopération pénale : l'extradition, ou entraide majeure, l'entraide proprement dite, également connue sous le nom de petite entraide² ou entraide accessoire, la délégation de la poursuite et de la répression

¹ Cette coopération est judiciaire parce qu'elle est ordonnée pour les besoins d'une procédure pénale pendante ou terminée dans l'Etat requérant (Zimmermann, p. 5). Toutefois, il n'est pas nécessaire que la personne fasse l'objet d'une action pénale ouverte ou d'une sanction pénale prononcée, il suffit qu'elle soit suspectée au cours d'une instruction pénale (Piquerez [Traité], p. 410 ; ATF 123 II 161, JdT 1999 IV 55 ; ATF 118 Ib 457 [fr.]).

² La petite entraide comprend toutes les opérations et actes de procédure accomplis dans l'Etat requis à la demande de l'Etat requérant, susceptibles de faciliter l'instruction d'une enquête pénale dans cet Etat, à l'exclusion de l'extradition, de la délégation de poursuite et de l'exécution d'une sentence pénale.

d'une infraction à un Etat étranger et l'exécution des décisions pénales étrangères¹.

La loi de 2010 sur la cybercriminalité adhère au canevas de la coopération judiciaire au regard de la logique commune avec l'extradition². Cette logique se manifeste par deux voies : la voie diplomatique suivie de la voie judiciaire d'une part ; et en cas d'urgence la voie diplomatique est mise de côté d'autre part. Le code de procédure pénale illustre l'étape de la voie diplomatique suivie de la voie judiciaire³. Le cas d'urgence, qui prime la voie judiciaire sur la voie diplomatique, a aussi une illustration dans le code de procédure pénale⁴. Une démarche similaire s'observe dans la loi de 2010. Elle prévoit que les demandes d'entraide judiciaire sont transmises par l'intermédiaire du Ministère des Relations Extérieures. Les pièces d'exécution sont renvoyées aux autorités de l'Etat requérant par la même voie⁵. Et en cas d'urgence, les demandes d'entraide peuvent être transmises directement aux autorités judiciaires de l'Etat pour leur exécution⁶. On peut affirmer que la loi de 2010 se fonde dans la procédure pénale de droit commun.

Tout ce qui précède, résume le statisme dans le droit pénal cybernétique. Mais la loi de 2010 illustre aussi une dimension dynamique du droit pénal cybernétique.

B-Une dimension dynamique du droit pénal cybernétique

La dimension dynamique du droit pénal cybernétique correspond aux aspects, où la loi de 2010 sur la cybercriminalité innove par rapport aux standards

¹ PIQUEREZ (Traité), p. 408.

² L'extradition est définie par l'article 635 du code de procédure pénale.

³ Article 651.

⁴ Article 652.

⁵ Article 91 alinéa 1.

⁶ Article 91 alinéa 3.

du droit pénal. Cette idée sera illustrée sur le plan substantiel (1) et procédural (2).

1-Le dynamisme dans le droit pénal cybernétique substantiel

Le droit pénal cybernétique substantiel est dynamique ou innovant sur certains points : l'infraction cybernétique, les principes directeurs, et la relativisation du principe de la division tripartite des infractions.

- *Le dynamisme de l'infraction cybernétique* : Avant l'adoption de la loi de 2010 sur la cybercriminalité au Cameroun, il existait déjà un droit pénal général avec une typologie des infractions. Elle s'appuyait sur les modes d'exécution, la durée de l'élément matériel, et le résultat de l'infraction. En tenant compte du mode d'exécution des infractions, la dogmatique distingue : les infractions de commission¹, les infractions de pure omission², et les infractions pouvant résulter indifféremment d'un acte positif ou d'une omission³ ; les infractions simples⁴, complexes⁵ et d'habitude⁶. En se focalisant sur la durée de l'élément matériel de l'infraction, une distinction est admise entre les infractions instantanées⁷,

¹ Ici, l'élément matériel est un acte positif, qui prend la forme d'un geste (un coup de couteau), d'un écrit (lettre contenant des menaces de mort), d'une parole (injures) ou d'un dessin.

² Une infraction d'omission sanctionne le non-respect d'une obligation de faire. Exemple : Refus de fournir un service légalement requis.

³ Ces infractions sont en effet constituées par un acte de maladresse, d'imprudence, d'inattention, de négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement. Il s'agit des infractions de négligence, des atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne.

⁴ Ici, un acte unique suffit pour violer la loi pénale. Exemple : une pression sur la détente d'un pistolet suffit pour commettre un meurtre.

⁵ Ils se consomment par plusieurs actes matériels de nature différente. Exemple de l'escroquerie.

⁶ Ils se consomment par plusieurs actes matériels de nature identique, qui pris isolément ne sont pas punissables. Exemple : exercice illégal de la médecine, délit de célébration pour un ministre du culte.

⁷ L'acte matériel de l'infraction s'accomplit en un trait de temps. Exemple : meurtre, vol, et violences.

permanentes¹ et continues². En considérant le résultat de l'infraction, on distingue les infractions comportant un résultat et les infractions en l'absence de résultat. Les infractions comportant un résultat englobent : l'infraction consommée³, l'infraction tentée⁴, la tentative infructueuse⁵. Et les infractions en l'absence de résultat comprennent : les infractions formelles⁶, les infractions-obstacles⁷, et les infractions de mise en danger⁸.

Il ressort de ces développements, une non-prise en compte d'internet dans la catégorisation des infractions. La catégorie proche de l'infraction cybernétique est l'infraction de presse. Pour qu'une infraction soit qualifiée d'infraction de presse, la commission doit être entourée d'une certaine publicité. Celle-ci peut être assurée par un journal, un livre, une affiche, mais également la radio, la télévision, le cinéma, voire des paroles prononcées en public⁹. Les infractions de presse font l'objet d'une liste limitative¹⁰. L'infraction de presse ne se confond pas avec l'infraction-internet. Par définition, internet renvoie à l'ensemble de réseaux mondiaux interconnectés, qui permet à des ordinateurs et à des serveurs de communiquer efficacement au moyen d'un protocole de communication

¹ L'acte matériel s'accomplit en un trait de temps, mais les effets se prolongent dans le temps, sans aucune intervention de l'auteur des faits initiaux. Exemple : construction d'un immeuble sans permis de bâtir, bigamie.

² L'acte matériel se prolonge pendant une certaine durée du fait de la volonté réitérée du délinquant, Exemple : recel d'une chose, séquestration d'une personne, port illégal de décoration.

³ Ici, l'acte posé a atteint la cible visée.

⁴ Ici, il y a commencement d'exécution et absence de désistement volontaire.

⁵ Cette catégorie regroupe l'infraction manquée et l'infraction impossible. Il y a infraction manquée lorsque l'auteur n'atteint pas la cible pour une raison indépendante de sa volonté. Et il y a infraction impossible, quand la valeur protégée n'existait plus.

⁶ Ce sont les comportements réprimés indépendamment de son résultat éventuel. Exemple : empoisonnement.

⁷ C'est un acte initial réprimé pour prévenir la commission probable d'une seconde infraction. C'est un acte préparatoire à la commission d'une infraction plus grave. Exemple : conduite en état d'ivresse, participation à un attroupement, port d'arme prohibé, etc.

⁸ Ce sont des comportements créant un risque grave d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne et commis par un individu qui, dans la plupart des cas, ne souhaite pas ce risque se réaliser. Exemple : délaissement, entrave aux mesures d'assistance, omission de porter secours et provocation au suicide, etc.

⁹ F. DESPORTES et F. Le GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op.cit., p. 109.

¹⁰ Les délits de presse sont : injures, provocation à commettre un crime ou un délit, provocation même non suivie d'effet, apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, négationnisme, offense au Président de la république, diffusion de fausses nouvelles.

commun¹. Cette définition doit être rapprochée du cyberespace. Il s'entend d'un espace de communication créé par l'interconnexion mondiale des ordinateurs (Internet) ; espace, milieu dans lequel naviguent les internautes². Si internet est un ensemble de réseaux, le cyberespace est un espace de communication. Il semble opportun de postuler la catégorie de l'infraction cybernétique. Elle consiste en une action ou omission prévue par la loi pénale et commise à l'aide du réseau mondial interconnecté des ordinateurs. Internet devient donc le fondement et le moyen à partir duquel certaines infractions peuvent être commises. En l'absence d'internet, il n'est pas possible de commettre certaines infractions. Bien que les infractions de presse puissent être commises au moyen d'internet, elles peuvent aussi se commettre sans internet. C'est pourquoi, l'assimilation et la confusion de l'infraction cybernétique dans les infractions de presse n'est pas possible.

En outre, il est possible d'établir le contenu des infractions cybernétiques pour se persuader de leur authenticité. En fait, une division du contenu des infractions cybernétiques est possible en deux sous-groupes. Le premier sous-groupe rassemble les infractions substantiellement cybernétiques³ ou les infractions spécifiques d'internet⁴. Et le second sous-groupe se justifie par les infractions cybernétiques par la forme⁵ ou les infractions de droit commun au moyen d'internet⁶. Dans la famille des infractions substantiellement

¹ Définition - internet | insee, <https://www.insee.fr> › metadonnées › définition

² Définition proposée par les Dictionnaires Le Robert.

³ Par infractions substantiellement cybernétiques, il est possible d'envisager les actions ou omissions que le législateur a édicté qu'à cause de l'existence d'internet et du cyberespace. La doctrine les qualifie d'infractions informatiques dont l'ordinateur ou le réseau informatique sont la cible. Lire sur la question, L. JIANSHENG, *Criminalité informatique*, Rapport de stage, Ecole Nationale Supérieure des Sciences de l'Information et des Bibliothèques, 1999, p 23.

⁴ S. TEPI, *La cybercriminalité au Cameroun : enjeux d'une législation en quête d'efficacité*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 19.

⁵ Par infractions cybernétiques par la forme, il est possible d'envisager les actions ou omissions qui existaient avant internet ou infractions classiques ; et qui sont commis au moyen d'internet. Toutefois, leur spécificité reste admise à cause du moyen de leur commission, qui est internet. La doctrine les qualifie d'infractions informatiques dont l'ordinateur ou le réseau informatique sont les instruments. Lire sur la question, L. JIANSHENG, *Criminalité informatique*, op.cit., p 27.

⁶ S. TEPI, op. cit., p. 19.

cybernétiques, l'analyse cite : la mise en circulation illégale du moyen de cryptographie¹, divulgation du secret d'audit², présentation d'une activité comme illicite³, non conservation des éléments d'information par un dirigeant de droit ou de fait⁴, interception illégale de données en provenance d'un réseau de communications électroniques⁵, perturbation d'un réseau de communications électroniques et usages d'un logiciel trompeur⁶, atteinte à l'intégrité d'un réseau de communications électroniques⁷, accès frauduleux à un réseau de communications électroniques⁸, accès illégal à un réseau de communications électroniques pour avoir les informations d'un autre système d'information⁹, saturation ou attaque d'un réseau de communications¹⁰, introduction illégale des données dans un système d'information pour modifier ou supprimer les données¹¹, falsification et règlement au moyen d'une carte de paiement¹², violation d'une communication électronique adressée à autrui¹³, atteinte à l'intégrité des données¹⁴ et refus de remettre aux autorités une convention de déchiffrement des données¹⁵. Si ces infractions cernent la cybercriminalité en général, les atteintes aux systèmes de paiement sont visées dans un texte

¹ L'infraction est consommée quand une autorité de certification ne respecte pas les obligations auxquelles elle est assujettie. Cf, Article 60 de la loi de 2010.

² Cette infraction consiste pour le personnel de l'Agence et les experts des personnes morales chargés des audits à révéler sans autorisation, des informations confidentielles dont ils ont eu connaissance à l'occasion d'un audit de sécurité. Cf, Article 61 alinéa 1 de la loi de 2010.

³ C'est le fait de présenter aux fournisseurs d'accès une activité comme étant illicite pour obtenir le retrait ou faire cesser la diffusion, alors que le présentateur sait que cette information est inexacte. Cf, Article 62 de la loi de 2010.

⁴ C'est un dirigeant de droit ou de fait, qui est fournisseur d'accès, de services et des contenus. Cf, Article 63 et ss de la loi de 2010.

⁵ Cf, Article 65 alinéa 1 de la loi de 2010.

⁶ Cf, Article 66 de la loi de 2010.

⁷ Cf, Article 67 de la loi de 2010.

⁸ Cf, Article 68 de la loi de 2010.

⁹ Cf, Article 69 de la loi de 2010.

¹⁰ Cf, Article 70 de la loi de 2010.

¹¹ Cf, Article 71 de la loi de 2010.

¹² Cf, Article 73 de la loi de 2010.

¹³ Cf, Article 84 et 85 de la loi de 2010.

¹⁴ Cf, Article 85 de la loi de 2010.

¹⁵ Cf, Article 88 de la loi de 2010.

spécifique¹. Dans la famille des infractions cybernétiques par la forme, l'étude suggère les comportements suivants : atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui², atteinte à l'image³, la pornographie infantine⁴, outrage à l'encontre d'une race ou d'une religion⁵, propagation de fausses nouvelles⁶, outrage privé à la pudeur⁷, pédophilie sur mineur⁸, outrage à la pudeur sur mineur⁹, et homosexualité¹⁰. Il découle de ces développements une catégorie de l'infraction cybernétique. Elle a deux visages : les infractions spécifiques d'internet et les infractions de droit commun au moyen d'internet. La spécificité de l'infraction cybernétique est dans la création des infractions spécifiques d'internet d'une part, et l'utilisation d'internet pour commettre les infractions de droit commun d'autre part. C'est dans la même optique que s'inscrit la spécificité des principes directeurs nés de la loi de 2010.

-Le dynamisme des principes directeurs : Les principes directeurs du droit pénal général se sont enrichis avec la norme de 2010 sur la cybercriminalité à raison de l'émergence des principes spécifiques. Ce postulat se base sur l'effritement de certains principes directeurs classiques, qui ont favorisé l'émergence de nouveaux principes. Il en est ainsi du principe de la territorialité et le principe de la division tripartite des infractions.

Le principe de la territorialité voudrait que la loi pénale d'un Etat s'applique à toute personne, qui se trouve à l'intérieur du territoire de cet Etat peu importe sa nationalité. La loi pénale camerounaise dispose en ce sens que : « *La loi pénale de la République s'applique à tout fait commis sur son territoire*¹¹ ». Le texte met

¹ Article 274 du Règlement N° 02/03/CEMAC /UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.

² Cf, Article 74 et suivants de la loi de 2010.

³ Cf, Article 75 de la loi de 2010.

⁴ Cf, Article 76 et 81 de la loi de 2010.

⁵ Cf, Article 77 de la loi de 2010.

⁶ Cf, Article 78 de la loi de 2010.

⁷ Cf, Article 79 de la loi de 2010.

⁸ Cf, Article 80 de la loi de 2010.

⁹ Cf, Article 82 de la loi de 2010.

¹⁰ Cf, Article 83 de la loi de 2010.

¹¹ Article 7 du code pénal.

en avant le fait et le territoire pour saisir toute personne sans tenir compte de la nationalité. La justification du principe tient sans doute dans la souveraineté de l'Etat, dont il est une manifestation. Il appartient en effet à chaque Etat de faire respecter à l'intérieur de ses frontières sa propre conception, qu'il a de son ordre public. Mais le principe de territorialité est également lié au principe de légalité, car il serait arbitraire de poursuivre quelqu'un pour des faits qui n'étaient pas interdits par la loi pénale de l'Etat où ils ont été commis. A l'inverse, chacun est censé connaître la loi du pays qui l'accueille¹. Avec l'adoption de la norme de 2020 sur la cybercriminalité, il est important de se demander si le principe de la territorialité garde toute sa verdeur. La question est d'autant plus intéressante, que le phénomène criminel en cause se singularise par sa nature. Par définition, la cybercriminalité renvoie aux infractions commises dans le cyberspace. Et le cyberspace correspond à un espace de communication créé par l'interconnexion mondiale des ordinateurs (Internet) ; espace, milieu dans lequel naviguent les internautes. L'application pratique du principe de territorialité de l'infraction se retrouve mise à mal, car internet permet le développement des Technologies de l'information et de la communication. En effet, cette nouvelle forme de criminalité est transnationale et se développe par définition en dehors de toute considération de frontières. La cybercriminalité est caractérisée par sa transnationalité, son immatérialité, sa volatilité et l'anonymat de ses acteurs. Elle a brouillé les repères du système pénal dont les réponses traditionnelles étaient conçues pour un environnement matérialisé et national². Partant de ces considérations, l'application du principe de territorialité se retrouve mise à mal. Face à ce nouveau phénomène, le droit pénal et le principe de territorialité ont cherché à évoluer, afin de mieux tenir compte de cette mutation³.

¹ F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, *Droit pénal général*, op.cit., pp 330-331.

² S. TEPI, *La cybercriminalité au Cameroun : enjeux d'une législation en quête d'efficacité*, op.cit., p. 24.

³ R. BOOS, *La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des Etats*, Thèse, Université de Lorraine, 2016, p. 207.

Il apparaît un écart entre le principe de territorialité magnifiant le contrôle de l'Etat sur son territoire ; et le cyberspace relativisant l'importance de la frontière territoriale. Dans le cyberspace, les internautes sont de multiples nationalités et ne sont pas limités par la frontière pour entrer en contact. Les infractions cybernétiques se consomment d'ordinateur à ordinateur sous l'impuissance du contrôle territorial de l'Etat. La cybercriminalité ignore les frontières entre les Etats, rapproche la victime de son agresseur et éloigne le fautif de son juge¹. Si le principe de la territorialité se trouve de la sorte fragilisé, il semble possible de suggérer un principe alternatif ou de substitution. Il serait : « *le principe de la compétence légale* » en matière de cybercriminalité. Il signifierait que : « *La loi contre la cybercriminalité du Cameroun s'applique à tout fait commis même en dehors de son territoire, pourvu qu'une personne (auteur ou victime) porte plainte à partir du Cameroun en évoquant la loi contre la cybercriminalité* ». Ainsi, la norme pénale camerounaise s'appliquerait dans le cas d'un message litigieux disponible sur le réseau internet, quelle que soit sa source dans le monde, dès lors que la réception par l'utilisateur sur le territoire camerounais constitue un élément constitutif de l'infraction. Ce principe est proche de l'article 8 alinéa a) du code pénal². Cependant, si ce texte vise : « *un des éléments constitutifs réalisé en tout ou partie sur le territoire* », le principe de la compétence légale vise : « *une violation de la loi + la présence sur le territoire camerounais* ». Il permettra de se limiter à la personne, qui reçoit le message au Cameroun ou qui émet le message depuis le Cameroun. À la vérité, la loi pénale en matière de cybercriminalité doit s'entendre de la participation d'un Etat à la répression d'une criminalité transnationale. C'est le sens des dispositions suivantes : « *La présente loi ...réprime les infractions liées à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication au Cameroun*³ ». Cela revient à dire que la personne victime d'une infraction cybernétique selon la loi

¹ S. TEPI, op.cit, p. 16.

² « *La loi pénale de la République s'applique a) à toute infraction dont l'un des éléments constitutifs s'est trouvé réalisé en tout ou partie dans sur son territoire* ».

³ Article 1^{er} de la loi de 2010 op.cit.

camerounaise, mais qui n'est pas au Cameroun, ne saurait évoquer la norme camerounaise contre la cybercriminalité. Elle devra saisir la loi contre la cybercriminalité du pays où elle se trouve. Et la coopération judiciaire permettrait de garantir la poursuite de l'infracteur. Ainsi, le Cameroun attend que les autres pays adoptent des lois identiques pour que le village planétaire créé par internet, n'ait pas de paradis pénaux.

-la relativisation du principe de la division tripartite des infractions : Cette division tripartite des infractions¹ veut que les infractions soient hiérarchisées en trois ordres sur la base de la gravité. Les crimes correspondent aux infractions les plus graves, les délits aux infractions de gravité moyenne, et les contraventions sont les infractions mineures². Le législateur camerounais reprend à son compte ce principe dans les termes suivants : « *Les infractions sont classés en crimes, délits et contraventions selon les peines principales qui les sanctionnent* ³ ». Dans le contexte camerounais, le crime est un comportement puni par la peine de mort ou une peine privative de liberté supérieur à dix (10) ans⁴. Le délit est un comportement puni d'une privation de liberté comprise entre dix (10) jours et dix (10) ans. L'amende du délit est supérieure à vingt-cinq mille (25 000) FCFA⁵. Et la contravention est un comportement puni d'une privation de liberté inférieur à dix (10) jours et d'une amende inférieure à vingt-cinq (25 000) mille FCFA⁶.

La norme sur la cybercriminalité de 2010 relativise la division tripartite des infractions pour certaines raisons. La première raison est dans l'exclusion de la catégorie contravention de l'article 21 du code pénal camerounais. Selon cet article, la contravention est un comportement puni d'une privation de liberté

¹ Ignorée de l'ancien droit, cette classification tripartite des infractions est apparue pour la première fois de façon très nette dans le code de brumaire an IV. Reprise dans le code français de 1810, elle a été conservée dans le code pénal de 1992. Elle constitue la base de tout le droit pénal.

² J. MOULY, « La classification tripartite dans la législation contemporaine », RSC, 1982, p. 3 ; J.-H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions dans le nouveau code pénal », *Dr. pen.* 1995, chron. n° 1).

³ Article 21 alinéa 1 du code pénal.

⁴ Article 21 alinéa 1 du code pénal.

⁵ Article 21 alinéa 1 du code pénal.

⁶ Article 21 alinéa 1 du code pénal.

inférieure à dix (10) jours et d'une amende inférieure à vingt-cinq (25 000) mille FCFA. À l'observation de la loi de 2010, aucune privation de liberté n'est dans la tranche de 01 à 09 jours. Ce qui veut dire que la catégorie contravention prévue par l'article 21 du code pénal n'existe pas dans la loi de 2010 sur la cybercriminalité eu égard à la privation de liberté. Il existe isolément, une amende de 20 000 FCFA¹. La seconde raison est la difficile admission de la catégorie infractionnelle appelée « crime ». Par définition, le crime est un comportement puni par la peine de mort ou une peine privative de liberté supérieur à dix (10) ans. Au terme d'un tour synoptique de la loi de 2010 sur la cybercriminalité au Cameroun, il ressort l'inexistence de la peine de mort. La peine privative de liberté minimale est de 03 mois ; et le maximum ne dépasse pas dix (10) ans. Il apparaît que cette durée de la privation de liberté ne correspond pas à la durée du crime prévue par le code pénal. Quand bien même, il y aura des circonstances aggravantes avec pour conséquence le doublement de la peine, la nature de l'infraction ne change pas². Seule la peine d'amende se retrouve dans la fourchette des contraventions, délits et crimes. Toutefois, la peine d'amende ne peut pas déterminer la nature de l'infraction ; parce qu'elle est au bas de l'échelle des peines. De la sorte, il restera au terme de la norme de 2010 sur la cybercriminalité seulement la peine délictuelle. Ainsi, la crise du principe de la division tripartite des infractions permet de poser *le principe de l'unicité des infractions en matière de cybercriminalité*.

Le dynamisme dans le droit pénal cybernétique substantiel s'est illustré avec l'infraction cybernétique, les principes directeurs, et la relativisation du principe de la division tripartite des infractions. Ce dynamisme est présent aussi dans le droit pénal cybernétique procédural.

¹ Article 61 de la loi de 2010.

² Article 21 alinéa 2 du code pénal.

2-Le dynamisme dans le droit pénal cybernétique procédural

Le droit pénal cybernétique procédural est dynamique ou innovant avec les éléments suivants : une procédure pénale spéciale, les principes directeurs spécifiques

- *une procédure pénale spéciale* : La procédure pénale consiste en la mise en œuvre de la loi pénale. Il est question de saisir les instances compétentes pour obtenir la sanction du responsable de l'infraction. À l'observation de la norme de 2010 sur la cybercriminalité, l'analyse suggère l'idée d'une procédure pénale spéciale. Cela veut dire une démarche particulière, qui se distingue de ce que la procédure pénale classique offre. La procédure pénale dérivée de la norme de 2010 se veut spéciale, parce qu'elle est assujettie à l'expertise. Cela veut dire qu'un officier de police judiciaire à compétence générale ne peut pas enquêter tout seul sur une infraction cybernétique. Il doit toujours lui être associé un agent habilité de l'Agence. Il s'agit de l'Agence Nationale des Technologies de l'information et de la Communication¹. Telle est la substance de l'article 52 alinéa 1 de la loi de 2010². Cet agent doit prêter serment avant d'entrée en fonction³. Or le recours à l'expertise n'est pas né avec la norme de 2010. Le code de procédure pénale évoque l'expertise en l'article 203⁴. Cependant, le recours à l'expert suppose une circonstance exceptionnelle. C'est le sens des termes suivants : « *Lorsqu'une question d'ordre technique se pose au cours de l'information, ...* ». Cette phrase est porteuse de deux informations. La première est qu'il faille être en présence d'une question d'ordre technique. Il s'agit d'une affaire où les compétences générales ne suffisent plus pour avoir les éléments de preuves. La

¹ Article 7 de la loi de 2010.

² « En cas d'infraction cybernétique, les officiers de police judiciaire à compétence générale et les agents habilités de l'Agence, procèdent aux enquêtes conformément aux dispositions du code de procédure pénale ».

³ Article 52 alinéa 2.

⁴ « Lorsqu'une question d'ordre technique se pose au cours de l'information, le Juge d'instruction peut, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties y compris éventuellement l'assureur de responsabilité, ordonner une expertise et commettre un ou plusieurs experts ».

seconde information est relative à la phase de la procédure : l'information judiciaire. Elle pose la compétence du juge d'instruction, en tant qu'autorité qui examine l'affaire une deuxième fois. Il en ressort une économie des conditions d'expertise du droit commun de la procédure pénale. La norme de 2010 sur la cybercriminalité déroge à ces conditions en affirmant sa spécificité. La première dérogation concerne l'intervention de l'expert. La loi pose le recours systématique et automatique à l'expert. Si avec la procédure pénale de droit commun, l'expertise est mobilisée à titre exceptionnelle ; avec la norme de 2010 l'expertise est retenue par principe. Cela peut se justifier par la nature des infractions cybernétiques. Seuls les spécialistes en informatique peuvent identifier les composantes de ces infractions¹. La seconde dérogation vise la phase de la procédure pénale. Avec le droit commun de la procédure pénale, l'expertise peut être sollicitée à l'information judiciaire par le juge d'instruction². Cela veut dire que l'expertise n'existe pas à l'enquête. À l'inverse, la norme de 2010 envisage l'expertise des agents habilités de l'Agence à l'enquête³. Il existe une différence entre l'enquête et l'information judiciaire en procédure pénale. L'enquête consiste en la recherche de la vérité par l'audition de témoins et l'accumulation d'informations par la police judiciaire coiffée par le Ministère public. Alors que l'information judiciaire est l'enquête menée par le juge d'instruction. En clair, la norme de 2010 permet au Ministère public (Procureur de la République) d'avoir une expertise d'office⁴. Or avec l'information judiciaire, il est question d'une expertise sollicitée⁵ par le juge d'instruction. Le recours automatique à l'expert et l'intervention de l'expert à la phase de l'enquête, tels sont les deux traits que la norme de 2010 apporte pour postuler l'idée d'une procédure pénale spéciale. Cependant, le législateur camerounais ne doit pas se

¹ Il serait souhaitable que l'Etat recrute des informaticiens à la police et crée une unité spéciale ; que d'alourdir les charges de l'Etat avec un officier à compétence générale et un à compétence spéciale.

² Article 203 du CPP.

³ Article 52 alinéa 1.

⁴ L'expertise est dite d'office parce qu'elle est imposée par la loi.

⁵ L'expertise est dite sollicitée, parce que le juge d'instruction doit faire la demande.

limiter à un simple renvoi au code de procédure pénale pour les actes d'enquête. Il doit compléter ce code par des dispositions permettant de régir : la saisie des données immatérielles ; effectuer les perquisitions et les visites domiciliaires à toute heure, permettre aux autorités d'enquête de perquisitionner dans les systèmes informatiques. Outre la spécificité de la procédure pénale, la procédure pénale classique s'est enrichie de nouveaux principes directeurs spécifiques.

- *les principes directeurs spécifiques* : la norme de 2010 sur la cybercriminalité a enrichi la procédure pénale par de nouveaux principes directeurs. Il en est ainsi du principe de la compétence exclusive du Tribunal de première instance (TPI) et du principe de l'exécution immédiate de la sanction.

**Le principe de la compétence exclusive du tribunal de première instance se pose par opposition à la compétence matérielle des infractions. La compétence matérielle est déterminée par la classification tripartite des infractions. En s'inspirant de la distinction : crimes, délits et contraventions, les juridictions de droit commun suivantes sont attendues : tribunal de grande instance pour les crimes et délits connexes ; le tribunal de première instance connaît des délits et contraventions connexes. La personne insatisfaite va interjeter appel, ou va se pourvoir en cassation. La qualification des faits et le degré de complexité de l'affaire sont devenus des critères essentiels pour la détermination de la compétence matérielle de ces juridictions¹. Avec la norme de 2010 sur la cybercriminalité, la recherche de la compétence matérielle n'est plus nécessaire ; parce que c'est le règne de la compétence exclusive du tribunal première instance. Elle veut dire qu'en présence des infractions cybernétiques, seul le tribunal de première instance est compétent. Un tel postulat est la résultante de certains constats. Le premier est dans la détermination des infractions cybernétiques. L'examen des sanctions de la loi de 2010 a persuadé que la catégorie crime et celle de contravention étaient à exclure. Seules les sanctions délictuelles correspondaient à la description de la loi. Un autre indicateur de la*

¹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op.cit., p 514.

compétence du tribunal de première instance est le lieu de prestation de serment des agents habilités de l'Agence. Ils prêtent serment devant le tribunal de première instance¹. Par ailleurs les autorités de la procédure sont le Procureur de la république, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement². L'étude du champ de compétence de ces autorités est compatible avec la compétence du tribunal de première instance. En effet, le Procureur intervient à l'enquête. L'information judiciaire est facultative pour les délits et les contraventions. Elle est conduite par le juge d'instruction, magistrat de siège³. Et le jugement se fera devant le tribunal de première instance. Il ressort des développements précédents que la norme de 2010 sur la cybercriminalité pose le principe de la compétence exclusive du tribunal de première instance (TPI). Cette compétence du TPI est observée en jurisprudence⁴. Toutefois, ce principe demeure discutable pour les infractions de droit commun au moyen d'internet. Si l'infraction est un crime, le fait de la commettre au moyen d'internet ne change pas la nature criminelle. Dans le même sens, l'acte terroriste commis au moyen d'internet ne relèvera pas de la compétence du tribunal de première instance ; mais de la compétence du tribunal militaire⁵.

**le principe de l'exécution immédiate de la sanction* : la norme de 2010 sur la cybercriminalité a enrichi, en outre, la procédure pénale avec le principe de l'exécution immédiate de la sanction pénale. Il émerge en rejetant les possibilités

¹ « Je jure de remplir loyalement mes fonctions et d'observer, en tout, les devoirs qu'elles m'imposent, de garder secrètes les informations dont j'ai eu connaissance à l'occasion ou dans l'exercice de mes fonctions ».

² Article 55 alinéa 1.

³ Article 142 CPP.

⁴ Tribunal de Première instance de Dschang, Jugement N° 920/COR du 12 octobre 2018, *Affaire Ministère public et Fotsing Patrick Rodrigue c/ Foueze Romaric Clotaire et Kamga Noumbissi Stanislas*, inédit. Nature de l'infraction : escroquerie en coaction. Tribunal de Première instance de Dschang, Jugement N° 784/COR du 22 Novembre 2019, *Affaire Ministère Public et Vanlier Feulefack Josiane c/ Zebaze Mbozo'o Armand Stéphane*, Inédit, Nature de l'infraction : outrage public à la pudeur, outrage aux mœurs, publications obscènes, diffamation, injures. Tribunal de Première Instance de Douala-Bonanjjo, N° 825/CD/COR Du 16 avril 2019, *Affaire Ministère public et Nkom Ndock Alexandre Yves Jonas contre Nyaka Ngobisa Aurélie Claire épouse Mandengue*. Nature de l'infraction : Menaces simples, injures, publication des données informatiques.

⁵ Tribunal militaire de Yaoundé, Jugement n°109/CRIM/17 du 24 avril 2017, *Affaire Ministère public c/ Ahmed Abba*, inédit.

de suspension de la sanction pénale. En droit pénal, la sanction pénale prononcée par le juge peut être suspendue par le sursis. Avec le sursis, la peine devient une menace. En effet, le sursis consiste à prononcer une condamnation à une peine privative de liberté ou d'amende dont l'exécution est suspendue durant un délai d'épreuve. Le sursis peut aussi être partiel, c'est-à-dire que la condamnation comporte le prononcé d'une peine privative de liberté, suivie d'une période d'épreuve sous menace¹. Le sursis est donc la dispense d'exécution de tout ou partie d'une peine. Il est idoine de parler des sursis, car l'on distingue à côté du sursis simple, le sursis avec probation et le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général².

La première forme de sursis, le sursis simple, est apparue avec la loi du 26 mars 1891³, grâce à la ténacité du célèbre sénateur René Béranger en France. Il s'agissait pour lui d'obtenir le minimum de pénalité avec le maximum d'intimidation. Le sursis pouvait s'appliquer à toute première condamnation de droit commun, à l'emprisonnement ou à l'amende⁴. Le sursis se superpose aux circonstances atténuantes comme procédés d'individualisation de la peine en faveur des condamnés qui paraissent dignes d'indulgence⁵. Le sursis simple est perçu comme une modalité d'exécution de la peine qui a pour effet de dispenser totalement ou partiellement le condamné de l'exclusion effective de la peine affectée du sursis, sous certaines conditions. Cette modalité d'exécution de la peine constitue donc une chance donnée au condamné de ne jamais avoir à

¹ P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll « Thémis », 2e édition, 2001, p. 135.

² Le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général est une forme particulière de sursis avec mise à l'épreuve, l'épreuve consistant alors dans l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général. Conf. Cass. Crim. 12 janv. 1988; JCP 1988, note Salvage ; R.S.C., 1989, p.97, obs. Vitu.

³ Le sursis est d'origine française. Le sénateur Béranger avait déposé en 1884 une proposition de loi pour l'établir, la question fut discutée au congrès pénitentiaire de Rome de 1885. Mettant à profit ces discussions, le législateur belge institua le sursis par la loi du 31 Mai 1888. La proposition Béranger, après avoir subi chez nous (en France) toutes les longueurs de la procédure parlementaire, ne fut adoptée par notre parlement que le 26 mars 1891 Cf. P. BOUZAT et J. PINATEL, op. cit., p.785 ; COUV RAT, « Un anniversaire oublié : le centenaire du sursis », R.S.C, 1991, p.799 et s.

⁴ P. Poncela, op. cit., p. 135.

⁵ Ibid.

exécuter sa peine¹. Les conditions d'application du sursis simple sont énumérées à l'article 54 alinéas 1 et 2 du CPC². Dans certaines affaires, le juge a eu à accorder le sursis simple³.

Le sursis avec probation vient de la « *probation* »⁴ anglo-américaine et scandinave. En droit français, on a préféré employer l'expression : « *sursis avec mise à l'épreuve* ». Le point d'osmose entre le sursis simple et celui avec probation, c'est qu'ils suspendent l'exécution d'une peine d'emprisonnement prononcée pendant une certaine durée. Les deux sursis cherchent à soustraire le délinquant aux influences corruptrices de la prison. Et pendant cette durée, le condamné doit se soumettre à certaines obligations⁵.

La norme de 2010 sur la cybercriminalité au Cameroun rompt avec les sursis en optant pour l'exécution immédiate de la sanction pénale. Une telle option est clairement déclinée par les termes suivants : « *Le sursis ne peut être accordé pour les infractions prévues dans la présente loi*⁶ ». Cela veut dire que pour les infractions cybernétiques, la sanction prononcée va immédiatement recevoir exécution. Le législateur utilise le terme « sursis » sans effectuer de distinction entre le sursis simple et le sursis avec probation. Cela veut dire qu'aucun des deux sursis ne sera opérationnel en cas de condamnation pour

¹ E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, LITEC, 2010, p. 257.

² « (1) *En cas de condamnation pour crime ou délit à une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans ou à une amende, sauf dans le cas prévu à l'article 92 (2), et si le condamné n'a pas fait l'objet de condamnation antérieure et non effacée à l'emprisonnement, la juridiction saisie peut ordonner, sauf disposition contraire de la loi et par décision motivée, qu'il sera sursis à l'exécution de la peine principale pendant un délai de trois à cinq ans* ».

³ L'affaire MP et Nyoungou Toko Jacques contre Ndzalka Joseph ; jugement n° 108/Crim du 15 décembre 2009, CA de l'EST, TGI de Bertoua. La nature du crime ici est l'abus de confiance aggravé. On peut lire au niveau du dispositif : « -lui accorde le bénéfice des circonstances atténuantes pour ses aveux spontanés ; en répression le condamne à 3 ans d'emprisonnement avec sursis pendant 5 ans ; ». Ensuite dans une autre affaire : MP et Emam Zé contre Maboma Thierry, jugement n° 13/Crim du 17 février 2010, TGI du Haut-Nyong, séant à Abong- Mbang. La nature du délit est la tentative de vol aggravé et défaut de carte nationale d'identité. On peut lire au niveau du dispositif : « -lui reconnaît le bénéfice des circonstances atténuantes pour sa qualité de délinquant primaire et aveux spontanés ; le condamne à 3 ans d'emprisonnement avec sursis pendant 3 ans (...) ».

⁴ Avec la « *probation anglo-américaine* », le juge place le délinquant sous un régime d'épreuve avec son consentement après avoir reconnu sa culpabilité.

⁵ Article 55 à 60 du code pénal.

⁶ Article 89 de la loi de 2010 sur la cybercriminalité.

infraction cybernétique. Il convient de s'interroger sur le choix d'une telle politique pénale. Pourquoi exclure le sursis simple et le sursis avec probation des infractions cybernétiques ? L'explication première est dans la souveraineté pénale de chaque Etat. Sur cette question, chaque Etat a le pouvoir d'effectuer un choix de politique criminelle¹ en générale et de politique pénale en particulier. L'autre explication est dans l'option pour une politique pénale de sévérité et de fermeté.

Toutefois, il convient d'apporter des précisions sur l'étendue du principe de l'exécution immédiate de la sanction pénale. En effet, le principe ne s'applique qu'aux infractions spécifiques d'internet et non aux infractions de droit commun au moyen d'internet. Une telle restriction prend appui sur la nature des infractions de droit commun au moyen d'internet. Ce ne sont pas de véritables infractions cybernétiques. Internet est juste un moyen pour commettre les infractions de droit commun. Leur nature ne change pas, parce que l'infraction est commise dans le cyberespace. En conséquence, le responsable des infractions de droit commun au moyen d'internet peut bénéficier du sursis. Et la jurisprudence camerounaise abonde en ce sens². La décision de justice annexée illustre le sursis pour les infractions suivantes : outrage public à la pudeur, outrage aux mœurs, et publications obscènes.

Des développements précédents, il apparait une idée constante. Elle est relative au recours à un droit pénal cybernétique nationalisé. L'Etat peut s'inspirer des textes régionaux ou continentaux, mais en dernier lieu pose la norme pénale permettant de répondre à la cybercriminalité. Le Cameroun a opté pour cette démarche en scrutant la loi de 2010. Cependant, une étude critique du choix de

¹ La politique criminelle se définit comme l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel. Cf., M. DELMAS MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1992, p 13.

² Tribunal de Première instance de Dschang, Jugement N° 784/COR du 22 Novembre 2019, *Affaire Ministère Public et Vanlier Feulefack Josiane c/ Zebaze Mbozo'o Armand Stéphane* : « En répression, le condamne à 01 (un) an d'emprisonnement et à 100. 000 Frs d'amende ; Dit qu'il sera sursis à l'exécution de cette peine pendant une durée de 03 ans ».

politique criminelle du Cameroun persuade de migrer pour un droit pénal cybernétique mondialisé.

II-...POUR UN DROIT PENAL CYBERNETIQUE MONDIALISE

Un droit pénal cybernétique mondialisé renvoie à la mise en place d'une norme pénale s'appliquant directement à tous les Etats du monde. Une telle prétention n'est pas le fruit d'une hallucination intellectuelle. En effet, en se fondant sur l'appréciation mitigée du droit pénal cybernétique (A), il a semblé logique de suggérer un droit pénal cybernétique mondial (B).

A- Un droit pénal cybernétique mitigé

Une analyse mitigée commande de s'appesantir sur les aspects positifs et négatifs de l'objet d'étude. De cette définition, le droit pénal cybernétique peut faire l'objet d'une appréciation positive (1) et négative (2).

1-L'appréciation positive du droit pénal cybernétique

Par l'appréciation positive du droit pénal cybernétique, il faut retenir les atouts que regorge cette construction législative. La loi de 2010 sur la cybercriminalité a deux arguments plaidant en sa faveur : la traduction d'une politique criminelle d'une part et l'arrimage au classique du droit pénal d'autre part.

-un droit pénal cybernétique traduisant une politique criminelle : par définition, la politique criminelle peut être définie sous deux angles. Le premier angle valide la définition de la politique criminelle comme procédés répressifs du phénomène criminel. Selon Feuerbach, la politique criminelle désigne l'ensemble des

procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime¹. Von Listz et Henri Donnedieu de Vabres abondent dans le même sens. Pour Grispigni, la politique criminelle est « *la science qui étudie l'activité que doit développer l'Etat en vue de prévenir et de réprimer les délits*² ». En substance, ces auteurs restent attachés au droit pénal comme levier de répression du phénomène criminel. Le second angle appréhende la politique criminelle comme réponse du corps social au phénomène criminel. Selon Christine Lazerges, « *la politique criminelle est, d'une part, une stratégie juridique et sociale, fondée sur des choix politiques pour répondre avec (ou non) pragmatisme aux problèmes posés par la prévention et la répression du phénomène criminel entendu largement, d'autre part, elle est une réflexion épistémologique sur le phénomène criminel, un décryptage du phénomène criminel et des moyens mis en œuvre pour lutter contre les comportements de déviance et ou de délinquance*³ ». Et Mireille Delmas Marty retiendra de la politique criminelle « *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel*⁴ ». Par corps social, il est question de l'Etat et de la société civile. La définition qui est retenue dans cette analyse, est que la politique criminelle soit une utilisation de la loi pénale comme réponse de l'Etat contre le phénomène criminel, à l'exclusion de certains aspects de la réponse étatique (droit civil, droit administratif, etc) et la réponse sociétale (société civile).

Certains points permettront de lire positivement le choix de politique criminelle effectué par le Cameroun derrière la loi de 2010 :

**le choix de la réponse étatique au moyen de la loi pénale pour protéger la « cyberspace ».* En effet, la réponse étatique est comprise dans les invariants

¹ M. DELMAS MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, Thémis, 1992, p. 13.

² GRISPIGNI, *Cours de droit pénal*, 1932, I, p. 35.

³ C. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, coll. « *Traité des sciences criminelles* », 2000, p. 9.

⁴ M. DELMAS MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982, p. 12.

de toute politique criminelle¹. Dans toute société, on peut observer que certains individus vont s'écarter de la norme et ils auront en retour une réponse de la société². Dans l'écart à la norme, se trouvent : infraction³ + déviance⁴. Il arrive aussi la possibilité d'une confusion entre l'infraction et la déviance = infraction-déviance (ID)⁵. Quant à la réponse du corps social⁶, elle comprend : la réponse étatique⁷ + la réponse sociétale⁸. La présente analyse se limite à la réponse étatique. Elle est large, mais l'analyse la limite à la loi pénale. Et cette loi pénale est : Loi N°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

-une politique criminelle conforme au courant libéral : Le courant libéral⁹ a pour référence : la liberté. C'est l'état primitif de l'homme que la société ou l'Etat ne peuvent pas limiter. Mais une liberté, qui n'est pas encadrée, est dangereuse dans un état de nature selon Hobbes¹⁰. Pour cette raison, la liberté doit être fondée sur la loi. Rousseau propose une forme de gouvernement, qui mette la loi au-dessus de l'homme¹¹. Dans le même sens, Montesquieu (*L'Esprit des lois*)¹², précise que la liberté « ne consiste point à faire ce que l'on veut », mais qu'elle est « le droit de faire tout ce que les lois permettent ». En politique criminelle, cette prééminence de la loi comme garantie de la liberté deviendra le principe de légalité. Et la politique criminelle du Cameroun sur la cybercriminalité s'arrime au courant libéral, parce que le législateur camerounais a fait de la loi le levier pour

¹ M. DELMAS MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op.cit., p 58.

² Ibid.

³ Violation d'une norme juridique ou normativité.

⁴ Violation d'une norme sociale ou normalité.

⁵ M. DELMAS MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op.cit., p. 61.

⁶ Ibid.

⁷ Juridictions judiciaires, administrations et autorités administratives indépendantes, police, instances médico-sociales...

⁸ Ordres professionnels, associations, syndicats, milieu scolaire, religieux ou familial...

⁹ M. DELMAS MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op.cit., p. 46.

¹⁰ A. L. ANGOULVENT, « Description de l'état de nature dans le « Léviathan » », in *Hobbes ou la crise de l'Etat Baroque*, 1992, pp. 42-80.

¹¹ M. BOCK-COTE, « Le Contrat social de Jean Jacques Rousseau (1762) », in *La Fabrique du chef d'œuvre*, 2022, pp. 133-148.

¹² G. BERGERON, *Tout était dans Montesquieu. Une relecture de l'Esprit des lois*, Paris-Montréal : L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 1996, 266 pages.

protéger le cyberspace. Cette réception de la légalité criminelle prend corps avec la Loi N°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

-la réponse étatique du Cameroun sur la cybercriminalité est conforme au modèle Etat société libérale :

I-Re +

I-Rs -

D-Re -

D-Rs +

Etat société libérale

Ce modèle est classique dans le monde occidental, et légitime la domination légale. Il est inspiré de l'idéologie libérale, valeur de référence, la liberté s'y trouve doublement garantie selon la structure du modèle : par la distinction entre infraction et déviance et par la limitation du champ d'intervention de l'Etat au seul domaine de l'infraction¹ (I-Re +). Ce qui suppose un haut degré du réseau pénal (légalité ou judiciarité) et d'autres réseaux de sanctions administratives, civiles et de médiation. Il faut une violation de la loi ou du droit pour que l'Etat porte atteinte à la liberté. En l'absence de toute violation de la loi l'individu est libre. Et en présence d'une déviance, la réponse est sociétale (D-Rs +). A l'inverse, dans le modèle Etat société libérale, l'infraction ne fait pas l'objet d'une réponse sociétale (I-Rs -) et la déviance ne justifie pas la réponse étatique (D-Re -). En transposant ce modèle au Cameroun, il ressort que la « Loi N°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun » indique l'infraction. Par cette indication, toute personne connaît, au Cameroun, la limite à ne pas franchir, de peur de rencontrer la réponse de l'Etat.

-une politique criminelle inspirée de la défense sociale nouvelle : La théorie de la défense sociale nouvelle a été pensée par Felipo Gramatica² à la moitié du 20^e

¹ M. DELMAS MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op.cit., pp.56-57.

² Félipo GRAMATICA, avocat pénaliste à Gênes, déjà connu pour certains travaux dont les plus anciens remontaient aux années 30, créa dans cette ville un centre d'études de défense sociale axé sur un certain humanisme pénal. En 1947, il organisa à San RÉMO le premier congrès de

siècle. Selon Gramatica, l'idée de base est que : « *L'individu est la valeur première par rapport à l'Etat et seul digne à être protégé. Et l'Etat est un moyen pour garantir la coexistence harmonieuse et la protection des droits des individus* ». Mais, à raison de sa posture, validant la substitution du système pénal par le système de défense sociale, il semble opportun de retenir la Défense sociale de Mar Ancel¹. Selon lui, une définition légale de l'infraction reste nécessaire². À l'observation des infractions relatives à la cybercriminalité, l'idée que l'individu soit la valeur première par rapport à l'Etat se dégage du régime des sanctions. Ces infractions n'ont pas pour sanctions : la peine de mort et l'emprisonnement en vie. Cela revient à se limiter à la privation de liberté à temps. La conséquence est l'exigence de resocialiser ; car après la sortie prison, c'est le retour à la société.

-un droit pénal cybernétique arrimé au classique du droit pénal : par classique du droit pénal, il faut entendre ce qu'il y a de « commun » par opposition au « spécial ». Il en résulte que le droit pénal cybernétique s'arrime ou vient se fondre dans ce qu'il y a de « commun » en droit pénal, procédure pénale et coopération judiciaire.

**Dans le domaine du droit pénal substantiel ou droit pénal général*, le droit pénal cybernétique se fonde dans les sources et la structure de l'infraction, de la responsabilité pénale et les sanctions pénales. Ce sont les quatre articulations, qui résument le droit pénal substantiel. De la sorte, avec l'émergence du droit pénal cybernétique, il n'est pas nécessaire de penser à une nouvelle reconfiguration du droit pénal général. La raison est que la configuration actuelle du droit pénal reçoit l'innovation du droit pénal cybernétique.

défense sociale. En 1960, il publia son ouvrage essentiel, bientôt traduit en français, Principes de défense sociale. Cf. J. PRADEL (J), *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989, p.93.

¹ Marc ANCEL, magistrat français, développa les idées de ce mouvement en participant massivement à un nombre incroyable de congrès internationaux et en écrivant sa célèbre défense sociale nouvelle (1ère éd, 1954 ; 3ème édition 1981). Le mouvement fut d'ailleurs renforcé encore par les travaux de l'active société internationale de défense sociale rattachée au centre français de droit comparé et d'une foule de magistrat et professeurs.

² Lire sur la question : M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 3e éd., 1981, 336 pages.

**Dans le domaine du droit pénal procédural ou de la procédure pénale, le droit pénal cybernétique se fonde dans la procédure pénale de droit commun. Outre l'intervention de l'agent de l'ANTIC à l'enquête, et l'exclusivité de la compétence du TPI, la procédure pénale en matière de cybercriminalité reste conforme au canevas tracé par le Code de procédure pénale camerounais. D'ailleurs, la loi de 2010 fait clairement référence et renvoi au Code de procédure pénale en matière de compétence d'Officier de police judiciaire et d'agents habilités de l'ANTIC¹, perquisitions et saisies², commission d'expert³, commissions rogatoires⁴. Ce qui permet aux praticiens du droit de s'inscrire dans la continuité, au lieu d'apprendre une nouvelle procédure pénale.*

**Dans l'hypothèse où la cybercriminalité comporte un élément d'extranéité⁵, le droit pénal cybernétique va se conformer à la coopération judiciaire. En matière pénale, elle s'entend de l'exécution par l'Etat requis, à la demande de l'Etat requérant ou d'une juridiction pénale internationale, de mesures propres à faciliter la poursuite et la répression, dans l'Etat requérant ou devant la juridiction pénale internationale, des infractions pénales. Cela veut dire qu'il y a coopération judiciaire internationale quand un Etat (Etat requérant) ou une juridiction pénale internationale demande à un autre Etat (Etat requis) de l'aider à poursuivre un délinquant ou de trouver un accord sur la formule permettant de sanctionner ou de faire subir la sanction au responsable d'une infraction⁶.*

La cybercriminalité mobilise à la fois une coopération technique et judiciaire. La coopération technique est mise en mouvement par le rôle joué par l'ANTIC⁷ et INTERPOL⁸. Et la coopération judiciaire se fait au moyen des

¹ Article 52 de la loi de 2010.

² Article 54 de la loi de 2010.

³ Article 56 de la loi de 2010.

⁴ Article 57 alinéa 2 de la loi de 2010.

⁵ Qualité de ce qui est étranger ; s'applique aux personnes (extranéité du demandeur) ou aux situations (rapport de droit présentant un élément d'extranéité). Conf. G. Cornu, (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2018, p. 961.

⁶ Lire sur la question : J. FALXA, (dir.), *Coopération judiciaire internationale en matière pénale : France, Brésil, Suriname*, Paris, l'Harmattan, 2021, 184 pages.

⁷ Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication.

⁸ Organisation Internationale de la Police Criminelle.

mécanismes suivants : l'extradition¹, l'entraide judiciaire², la délégation de la poursuite, et l'exécution des décisions pénales étrangères. Outre l'appréciation positive, l'étude va effectuer une appréciation négative.

2-L'appréciation négative du droit pénal cybernétique

Par appréciation négative du droit pénal cybernétique, il faut entendre l'examen des limites découlant de cette construction normative. Sont visés, les limites suivantes :

-une politique législative incohérente sur la chronologie : les législateurs pénaux camerounais, régional et africain se sont penchés sur la question de la cybercriminalité. Il importe au préalable de s'arrêter sur les dates d'adoption de ces textes. Pour ce faire, il convient de rappeler ces textes : Règlement n° 02/03-CEMAC-CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement qui incrimine les atteintes aux systèmes de paiement ; Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 fixant le cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et des services de communications électroniques au sein de la CEMAC ; Loi N°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun ; Projet de loi-type CEMAC/CEEAC sur la lutte contre la cybercriminalité et les Recommandations de l'Atelier régional de Douala (27-28 juillet 2012); Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel du 27 juin 2014. Il ressort un problème de cohérence. Le texte pénal du Cameroun sort en 2010, alors que les textes régional et continental sont adoptés respectivement en 2012 et 2014. Or en lisant les textes régional et continental, ce sont des textes cadres, qui fixent l'orientation à prendre au niveau national. Quand le texte national d'application est adopté, avant les textes cadres,

¹ G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire Juridique*, op.cit., p.960.

² G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire Juridique*, op.cit., p. 882.

cela veut dire que le contenu du texte national court le risque de ne pas avoir le contenu des textes cadres. Et c'est ce qu'illustre le tableau illustratif.

Infractions de la loi de 2010 au Cameroun	Infractions des lois types CEEAC et CEMAC 2012	Infractions omises au Cameroun
<ul style="list-style-type: none"> *Mise en circulation illégale du moyen de cryptographie, *Divulgation du secret d'audit, *Présentation d'une activité comme illicite, *Non conservation des éléments d'information par un dirigeant de droit ou de fait, *Interception illégale de données en provenance d'un réseau de communications électroniques, *Perturbation d'un réseau de communications électroniques et 	<ul style="list-style-type: none"> *Accès frauduleux à un système informatique *Maintien frauduleux dans un système informatique *Entrave ou action de fausser le fonctionnement du système *Introduction frauduleuse de données dans un système *Interception frauduleuse de données informatiques *Atteintes à l'intégrité des données informatiques *Des abus de dispositifs 	<ul style="list-style-type: none"> *De l'association de malfaiteurs informatiques *Production, diffusion, offre de pornographie enfantine *Importation, exportation de pornographie enfantine *Possession de pornographie enfantine *Facilitation de l'accès des mineurs à des contenus pornographiques *Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles *Diffusion de matériel raciste et xénophobe *Menace avec une motivation raciste et xénophobe *Insulte avec une motivation raciste et xénophobe

<p>usages d'un logiciel trompeur, *Atteinte à l'intégrité d'un réseau de communications électroniques, *Accès frauduleux à un réseau de communications électroniques, *Accès illégal à un réseau de communications électroniques pour avoir les informations d'un autre système d'information, *Saturation ou attaque d'un réseau de communications, *Introduction illégale des données dans un système d'information pour modifier ou supprimer les données,</p>	<p>*De l'association de malfaiteurs informatiques *Falsification informatique *Usage des données falsifiées *Fraude informatique *Production, diffusion, offre de pornographie infantile *Importation, exportation de pornographie infantile *Possession de pornographie infantile *Facilitation de l'accès des mineurs à des contenus pornographiques *Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles *Diffusion de matériel raciste et xénophobe *Menace avec une motivation raciste et xénophobe</p>	<p>*Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité *Spamming *De l'usurpation d'identité numérique *Copiage frauduleuse de données informatiques *Escroquerie portant sur des données informatiques *Abus de confiance portant sur des données informatiques *Recel portant sur des données informatiques *Escroquerie en ligne *Des moyens de communication électronique</p>
---	---	---

<p>*Falsification et règlement au moyen d'une carte de paiement, *Violation d'une communication électronique adressée à autrui, *Atteinte à l'intégrité des données *Refus de remettre aux autorités une convention de déchiffrement des données</p>	<p>*Insulte avec une motivation raciste et xénophobe *Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité *Spamming *De l'usurpation d'identité numérique *Copiage frauduleuse de données informatiques *Escroquerie portant sur des données informatiques *Abus de confiance portant sur des données informatiques *Recel portant sur des données informatiques *Escroquerie en ligne *Des moyens de communication électronique</p>	
--	---	--

-une politique législative inappropriée sur la cybercriminalité : le code pénal camerounais énumère la cybercriminalité parmi les infractions internationales¹. Ce qui en fait une infraction, à la vérité, transnationale. Il convient de décrire à nouveau le phénomène de la cybercriminalité pour se persuader de sa complexité. La cybercriminalité renvoie aux infractions commises dans le cyberspace. Et le cyberspace correspond à un espace de communication créé par l'interconnexion mondiale des ordinateurs (Internet) ; espace, milieu dans lequel naviguent les internautes. L'application pratique du principe de territorialité de l'infraction se retrouve mise à mal, car internet permet le développement des Technologies de l'information et de la communication. En effet, cette nouvelle forme de criminalité est transnationale et se développe par définition en dehors de toute considération de frontière. La cybercriminalité est caractérisée par sa transnationalité, son immatérialité, sa volatilité et l'anonymat de ses acteurs. Elle a brouillé les repères du système pénal dont les réponses traditionnelles étaient conçues pour un environnement matérialisé et national². Si avec la cybercriminalité le monde devient un village planétaire, faisant tomber l'importance de la frontière, il convient d'interroger la pertinence d'apporter une réponse nationale à un phénomène mondial. Il semble que toute politique pénale, qui mettra avant l'Etat pour lutter contre la cybercriminalité, soit mort-née. En effet, les cybercriminels vont profiter de la lenteur des Etats, du retard technologique dans certaines parties du monde, pour profiter des paradis pénaux. Contrairement aux infractions ayant un élément d'extranéité tout en maintenant l'importance de la frontière du territoire ; la cybercriminalité s'impose comme une infraction ayant un élément d'extranéité, mais qui réduit à néant l'importance de la frontière. Ce qui impose de revoir la politique pénale.

- une politique de la sanction négligeant l'intelligence du criminel : l'intelligence renvoie à la faculté de connaître, de comprendre ; qualité de l'esprit qui

¹ Article 11 du code pénal.

² S. TEPI, *La cybercriminalité au Cameroun : enjeux d'une législation en quête d'efficacité*, op.cit., p. 24.

comprend et s'adapte facilement. C'est aussi l'ensemble des fonctions mentales ayant pour objet la connaissance rationnelle. L'intelligence du criminel est cette faculté de connaître d'un délinquant utilisée pour commettre des infractions. Et dans le domaine de la cybercriminalité, il est question d'utiliser les ordinateurs ou les appareils ayant des fonctions équivalentes pour commettre les infractions. Il en découle une mobilisation du savoir informatique. Et le délinquant la plupart du temps à un savoir en avance. Ce qui lui permet d'accéder à des sites internet ou des réseaux codés. Ce savoir criminel décodant est confronté au savoir de ceux qui codent. S'il y a cyber-attaque, cela veut dire que le savoir criminel l'a emporté sur le savoir des codeurs. Ainsi, est-il pertinent d'emprisonner cette intelligence supérieure ? Bien plus, toutes les amendes prononcées après une atteinte au cyberspace sont-elles réellement pertinentes ? Un hacker, qui gagne des millions, va-t-il s'arrêter parce qu'il a purgé 02 ans d'emprisonnement ? Faut-il réellement se contenter de ces sanctions ? Un Etat peut-il tout seul réprimer une infraction cybernétique, alors le cyberspace est un territoire mondial ? Ce sont ces questions, constitutives d'une inquiétude, qui motive l'exploration de l'idée d'un droit pénal cybernétique mondial.

B- Pour un droit pénal cybernétique mondial

Le droit pénal cybernétique mondial serait une norme pénale posant l'interdit et la sanction et applicable dans le monde comme un seul territoire. La présente analyse plaide pour une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité (1) et une adoption de l'alternative aux peines contre la cybercriminalité (2).

1-Pour une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité

Une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité serait un texte adopté par tous les Etats du monde contre la cybercriminalité. Les fondements et les

modalités d'une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité sont les principaux arguments, qui seront développés.

-Les fondements d'une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité : les raisons suivantes justifient la nécessité d'ourdir une réflexion relativement à une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité :

**la distinction d'une loi pénale mondiale avec la mondialisation du droit pénal classique : par définition, la mondialisation n'est rien d'autre que le phénomène selon lequel les « unités actives¹ » « élaborent leurs objectifs et leurs stratégies en référence à des théâtres d'opération [...] désormais à l'échelle planétaire »². La mondialisation exprime donc l'effacement des frontières et l'abolition de l'espace³. Au sens classique, la mondialisation du droit pénal s'entend du rapprochement des droits pénaux et des acteurs de ces droits⁴. De façon large, le phénomène de la mondialisation se trouve consacré. Mais la technique qui sous-tend ce phénomène est loin d'être uniforme. En schématisant, celle-ci est duale. Tantôt, c'est la forme modeste et la plus fréquente : il y a simple rapprochement des droits nationaux afin que ceux-ci soient rendus compatibles. Tantôt, c'est la forme audacieuse et la plus rare : ce sont des droits supranationaux qui surgissent et qui vont ainsi s'appliquer de façon uniforme à un certain nombre de pays. En somme, à une habituelle mondialisation apparente (ou harmonisation des droits pénaux nationaux) fait écho une exceptionnelle mondialisation réelle (ou apparition d'un droit supranational)⁵. Or une loi pénale mondiale suppose un accord de tous les Etats pour valider les interdits et les sanctions sur une question. Ainsi, avec l'harmonisation des droits pénaux nationaux, chaque Etat demeure libre de rédiger sa loi pénale avec ses particularités la distinguant de la loi pénale des autres Etats. Par contre, une loi*

¹ Pour cet auteur, l'unité active est tout groupe organisé doté de ressources, capable de se fixer des objectifs et des stratégies: voir Thierry de MONTBRIAL, *Pour combattre les pensées uniques*, Flammarion, 2000, p. 34.

² Ibid.

³ J. PRADEL, « Mondialisation du droit pénal », *Revue Juridique Thémis*, N° 35, 2002, p. 245.

⁴ J. PRADEL, « Mondialisation du droit pénal », *op. cit.*, 247.

⁵ Ibid., p. 248.

pénale mondiale est la même pour tous les Etats du monde. Ce qui valide l'idée d'uniformisation pénale. De même, le droit pénal supranational s'entend d'une loi pénale imposée soit dans une logique de droit communautaire, soit par un organe supranational comme le Conseil de Sécurité¹, soit une logique de *jus cogens* à l'exemple du Statut de Rome². A l'inverse, la loi pénale mondiale que la présente analyse propose, doit émaner d'une adhésion de tous les Etats du monde, parce que par nature la cybercriminalité n'attente pas aux intérêts souverains des Etats. Les dégâts des cyberattaques obligeraient les Etats à taire leurs égoïsmes souverains pour permettre aux techniciens du bien de répondre aux techniciens du mal.

**l'impertinence d'une logique législative nationale contre un phénomène mondial* : Un Etat, à l'exemple du Cameroun, doit-il adopter tout seul une loi contre la cybercriminalité ? Un groupe d'Etats, à l'exemple de la CEEAC et de la CEMAC, doit-il adopter une loi contre la cybercriminalité ? Un continent, à l'exemple de l'Afrique, doit-il adopter tout seul une loi contre la cybercriminalité ? La réponse à ces questions impose comme préalable de rappeler la spécificité la cybercriminalité. Il est trivial de ranger la cybercriminalité dans les infractions transnationales en se basant sur l'élément d'extranéité. A la vérité, la spécificité de la cybercriminalité est le cyberspace. C'est un espace aterritorial, où les ordinateurs ou les appareils équivalents du monde entier sont en interconnexion. La conséquence est l'inopérationalité des frontières étatiques. En alternative, apparait la notion d'« espace mondial ». Le monde devient la nouvelle frontière, d'où l'expression « village planétaire ». Dans un tel contexte, deux leviers classiques du droit pénal tombe en désuétude : l'impertinence de la jalousie souveraine de l'Etat et de l'internationalisation du droit pénal ; au profit d'un droit pénal mondial.

¹ La répression du génocide au Rwanda et en Yougoslavie par les Résolutions du Conseil de Sécurité illustre cette logique imposée.

² La compétence de la Cour pénale internationale semble au départ composée parce que l'Etat doit consentir, mais la Cour pénale internationale a aussi une compétence contre les ressortissants des Etats, qui n'ont pas consenti au Traité de Rome.

**l'impertinence de la jalousie souveraine de l'Etat contre la cybercriminalité* : La souveraineté renvoie à un attribut de l'Etat traduisant sa puissance, et lui permettant de se mettre au même niveau symbolique que tous les autres Etats. C'est la traduction de la force de l'Etat ou la compétence suprême de l'Etat lui permettant de faire toute chose. En droit pénal, la souveraineté permet à l'Etat d'avoir le monopole *incriminalibus*. Ce qui fait de l'Etat le seul acteur ayant qualité pour poser la norme pénale dans son territoire. La souveraineté¹ peut être populaire² ou nationale³. Peu importe, le plus décisif est que l'Etat ait le pouvoir de poser la norme pénale avec la sanction comme *ultima ratio*. La souveraineté

¹ Lire sur la question : H. M. MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA (l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) : une solution-problème à l'intégration juridique », *Juridical Tribune*, Volume 3, Issue 2, December 2013, pp. 82-108.

² Selon la théorie de la souveraineté populaire, les organes chargés d'exercer le pouvoir doivent émaner du peuple souverain. En principe, c'est l'assemblée des citoyens qui gouvernent directement, sur le modèle de la cité antique athénienne. Mais pour des raisons pratiques, les citoyens peuvent être amenés à confier l'exercice du pouvoir à des délégués. Qu'il s'agisse d'une assemblée des citoyens ou de leurs délégués, le pouvoir est remis à une assemblée populaire. Le régime politique correspondant à la souveraineté populaire est la démocratie directe ou tout au moins semi-directe, lorsque le peuple se choisit des délégués. Le suffrage est universel (égalité des citoyens, théorie de l'électorat-droit). Le mandat des délégués est particulier et impératif. On en veut pour exemple de souveraineté populaire : la Cité athénienne antique, Cantons Suisses, Constitution française montagnarde de 1793. Cf. H. M. MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA (l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) : une solution-problème à l'intégration juridique », *op.cit.*, p. 86.

³ L'invention du concept de la souveraineté nationale au XVIII^e siècle, notamment par l'Abbe Sieyès à partir des écrits de Montesquieu, apparaît comme la réponse des révolutionnaires à la prétention des monarques de ramener l'Etat tout entier à la personne du Roi. Cette théorie permet aux révolutionnaires modérés de justifier l'abolition de la monarchie absolue en dissociant la puissance d'Etat de la personne royale, sans pour autant remettre le pouvoir au peuple, dont les excès et l'inculture civique et politique de l'époque suscitent méfiance. Une entité abstraite et fictive est donc conçue spécifiquement, afin de donner une permanence au pouvoir et de soustraire la souveraineté étatique au Roi: la nation, source de la puissance publique au nom de laquelle le pouvoir pourra être exercé. En tant qu'entité abstraite, la nation s'exprime par le truchement des représentants, personnes physiques, qui parlent et prennent des décisions en son nom. La nation est représentée par des députés réunis en assemblée nationale, et par un organe chargé du pouvoir exécutif, qui pourra être un Président dans le cadre d'une République, ou un Roi; car la théorie de la souveraineté nationale s'accommode très bien de la monarchie. Le régime politique correspondant est un régime représentatif. Le suffrage n'est pas forcément universel, d'où la théorie de l'électorat-fonction. Le mandat des représentants est général et représentatif et non impératif. Cf. H. M. MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA (l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) : une solution-problème à l'intégration juridique », *op.cit.*, pp.86-87.

pénale peut être exclusive. Dans la souveraineté exclusive, l'Etat pose seul la norme pénale. Quant à la jalousie souveraine de l'Etat, elle traduit l'idée qu'un Etat ne peut jamais perdre son pouvoir de poser la norme pénale, ou qu'un Etat ne peut jamais se voir imposer une norme pénale. La souveraineté nationale qui veut que, surtout en matière de justice et notamment pénale, chacun doit être maître chez soi car « le droit pénal est un sujet qui n'entre pas en tant que tel dans la sphère de compétence de la Communauté, mais qui reste du ressort de chaque Etat membre¹ », la Cour de justice des Communautés européennes, de Luxembourg, affirmant identiquement que la législation pénale reste de la compétence des États membres². Avec la cybercriminalité comme un phénomène mondial, il devient urgent pour les Etats de réviser cette lecture de la souveraineté. Si l'Etat refuse de s'ouvrir pour s'associer aux autres dans la lutte contre la cybercriminalité, alors l'adoption d'une loi nationale contre la cybercriminalité serait un effort vain. La raison est qu'un seul Etat ne peut avoir le pouvoir de contrôler un territoire mondial comme le cyberspace. De la sorte, la réponse à la première question vient d'être donnée : un Etat ne doit pas adopter tout seul une loi contre la cybercriminalité.

**l'impertinence de l'internationalisation du droit pénal contre la cybercriminalité : Internationaliser veut dire dépasser le cadre national, pour couvrir plusieurs Etats. La particularité de l'internationalisation du droit pénal réside dans la mise en place d'une technique permettant de rapprocher les droits pénaux nationaux au moyen des conventions internationales. On parle du processus d'internationalisation des droits pénaux. Pour reprendre Claude Lombois, « on reste bien en présence des seuls intérêts nationaux protégés pénalement. Mais, ces divers intérêts, tous identiques, sont menacés solidairement par une criminalité qui s'internationalise. À quoi répond adéquatement une internationalisation de la lutte contre la criminalité³».*

¹ Commission des Communauté européennes, 8e rapport d'activité, 1974.

² C.J.C.E., 11 novembre 1981, Casatti, aff. no 203/80, Rec. p. 2595; 25 février 1988, Drexler, aff. no 299/86, Rec. p. 1213; 14 décembre 1995, Blanchero, aff. n o 387/93, Rec. p. 4663.

³ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1979, p.12.

L'explication de l'internationalisation des droits pénaux internes est dans l'internationalisation de la criminalité. Face à des crimes perpétrés, à dessein, sur plusieurs territoires étatiques ou sur des territoires ne relevant de la juridiction pénale d'aucun État, les États ont dû reconnaître qu'ils avaient tous, individuellement, un intérêt à compléter et renforcer les cadres juridiques de leur coopération. Il s'agit de l'hypothèse que l'on peut qualifier d'utilitariste¹, qui a conduit à un processus d'internationalisation des droits pénaux internes, au sens où les crimes sont incriminés et punis selon les droits internes mais conformément à un régime juridique spécial prévu par le droit international². C'est le droit pénal international. Il recouvre ainsi les aspects internationaux des droits pénaux étatiques, tant sur le volet matériel que procédural³. Sur cette base, les crimes transnationaux s'entendent des crimes de droit interne, internationalisés conventionnellement, qui oblige les Etats parties à établir en droit interne leur compétence pour arrêter, poursuivre ou extraditer l'auteur d'un comportement que ces États ont décidé de réprimer collectivement. L'internationalisation du droit pénal illustre d'une souveraineté partagée. Elle consiste pour les Etats à s'associer pour poser la norme pénale. Seulement dans cette association, le respect de la frontière territoriale occupe une place primordiale. C'est précisément le respect et la glorification de la frontière étatique, qui met l'internationalisation du droit en déphasage avec la cybercriminalité. Les cybercriminels se moquent des Etats, qui continuent de sacraliser les frontières. La raison est que le cyberspace est aterritorial, ou bien le cyberspace impose la migration vers un territoire mondial. En lieu et place de l'internationalisation du droit pénal, il faut basculer vers un droit pénal mondial.

¹ Ce terme est utilisé ici au sens littéral, sans préjudice de la théorie utilitariste du droit pénal.

² I. FOUCHARD, « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », in, *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Collection des organisations internationales et des relations internationales, Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2013, p. 8.

³ M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 11.

**la pertinence d'un droit pénal mondial contre la cybercriminalité* : Par droit pénal mondial, la présente analyse propose la mise en place d'une norme pénale applicable dans le monde ou sur le territoire mondial. Une telle ambition n'ignore pas les obstacles de la jalousie souveraine des Etats, mais prend force sur la nature du phénomène criminel. Si la cybercriminalité a permis, dans ce domaine, l'émergence d'un territoire mondial avec une criminalité mondiale ; il sera logique que la réponse contre ce phénomène soit à la dimension de sa nature. Il devient donc impératif de penser un droit pénal mondial pour contrer la mondialité de la cybercriminalité. Une telle entreprise peut être facilitée par certaines raisons : tout Etat sans exception est exposé aux cyberattaques ; la cybercriminalité est une criminalité objective ne suscitant pas de débat idéologique ; le cyberspace comme territoire mondial fonde une loi pénale mondiale ; la loi pénale mondiale contre la cybercriminalité ne remet pas en cause les lois pénales nationales, internationales, transnationales, ou supranationales.

-les modalités d'une nouvelle loi pénale mondiale contre la cybercriminalité : pour avoir une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité, il faut mettre en place un organe. Ce dernier adoptera un texte.

**L'organe en charge de l'adoption d'une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité* : il convient de rappeler qu'il existe pour l'instant deux organes pouvant toucher le monde entier en relation avec la criminalité : l'ONU et l'ONUDC (L'Office des Nations unies contre la drogue et le crime). L'Organisation des Nations Unies est une organisation internationale regroupant 193 États membres depuis le 14 juillet 2011. Elle a été instituée le 24 octobre 1945 par la ratification de la Charte des Nations unies signée le 26 juin 1945 par les représentants de 51 États. Elle remplace alors la Société des Nations. Les objectifs premiers de l'organisation sont le maintien de la paix et la sécurité internationale. Pour les accomplir, elle promeut la protection des droits de l'homme, la fourniture de l'aide humanitaire, le développement durable et la garantie du droit international et dispose de pouvoirs spécifiques tels que l'établissement de sanctions internationales et l'intervention militaire. Si l'ONU a une compétence éloignée en

matière de criminalité, l'ONUDD est plus proche. L'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDD), en anglais *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), est un organe du Secrétariat des Nations unies dont le siège est à l'Office des Nations unies de Vienne en Autriche. Fondée en 1997, par la fusion du Programme des Nations unies pour le contrôle international des drogues (PNUCID) et du Centre pour la prévention internationale du crime des Nations unies (CPIC), l'organe fut initialement appelé Bureau du contrôle des drogues et de la prévention du crime et rebaptisé en octobre 2002. Les objectifs et les domaines de travail de l'ONUDD ont été définis dans sa stratégie pour la période 2008-2011. Sa mission est d'assister les Etats membres dans la réalisation de l'objectif de sécurité et de justice pour tous en rendant le monde plus sûr face à la criminalité, aux drogues et au terrorisme. Il apparaît que l'ONUDD n'a pas compétence pour adopter une loi pénale complète¹, que les Etats vont appliquer. En alternative, la présente suggère la création de l'Organisation Mondiale de Lutte contre la Cybercriminalité (OMLC). Il devrait s'agir d'une organisation internationale, logée dans l'ONU et ayant le pouvoir d'adopter une loi pénale contre la cybercriminalité. Cette loi devrait être appliquée par les Etats sans procédure d'internationalisation. Elle viendrait abroger les textes existants ou combler le vide législatif des Etats qui n'ont pas légiféré en la matière.

**L'adoption d'une loi pénale contre la cybercriminalité par l'OMLC* : pour adopter une loi pénale mondiale contre la cybercriminalité, il faudrait mettre en place une commission de techniciens du droit pénal et des techniciens en informatique. La commission va s'approprier tous les textes des Etats, des organisations régionales et continentales sur la cybercriminalité. Puis, elle va effectuer une synthèse cohérente pour produire un texte reprenant toutes les infractions prévues par les textes épars. Il s'agira d'une œuvre de codification à droit constant. Le Projet de loi pénale mondiale contre la cybercriminalité va être adopté par une Assemblée des représentants des Etats du monde. Elle n'est pas

¹ Un texte ayant les infractions et les sanctions.

à confondre avec l'Assemblée générale des Nations Unies. En effet, si l'assemblée générale des Nations Unies adopte des textes non-contraignants, l'Assemblée des représentants des Etats du monde aura le pouvoir d'adopter une loi pénale complète. Elle se prononcera sur les interdits, les sanctions, et les peines alternatives. Le volet de la procédure ne sera pas nécessaire, car les mécanismes classiques de coopération judiciaire pénale internationale demeurent adaptés. A cela, il convient d'ajouter la possibilité d'une adoption de l'alternative aux peines en matière de cybercriminalité.

2- Une adoption de l'alternative aux peines en matière de cybercriminalité

L'Assemblée des représentants des Etats du monde devrait valider une politique favorable à l'alternative aux peines en matière de cybercriminalité. Il convient d'en ressortir les fondements et la consistance :

-le fondement de l'alternative aux peines en matière de cybercriminalité : certaines raisons militent en faveur de l'alternative aux peines en matière de cybercriminalité. Il convient de partir d'un cadre général, qui est la théorie des peines alternatives en droit pénal¹, pour l'étendre au cas particulier, qui est la théorie propre à l'alternative aux peines en matière de cybercriminalité.

**la théorie des peines alternatives en droit pénal :* l'idée, de ne pas recourir à la punition après la commission d'une infraction, part de la relativisation du droit pénal comme réponse idoine après la commission d'une infraction. Elle est incarnée par l'Ecole de la défense sociale second souffle et l'Ecole abolitionniste.

¹ Lire sur la question : DJORBELE BAMBE, « Apologie des peines alternatives en droit pénal camerounais », *ADILAAKA, Droit, politique et société en Afrique*, vol 2, N° 1, 2022 ; D. SOWENG, « L'avènement des peines alternatives en droit pénal camerounais : contours et concours de l'une des innovations de la réforme législative du 12 juillet 2016 », *Les Annales de droit*, N°13, 2019, pp. 185-213 ; D. SOWENG, « L'introduction des peines alternatives en droit pénal camerounais », *Mosaïque, Revue panafricaine des sciences juridiques comparées*, N° 17, 2022, pp.43-88 ; Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (Vienne), *Manuel des principes fondamentaux et des pratiques prometteuses sur les alternatives à l'emprisonnement*, New York, Nations Unies, 2008, 88 pages.

Portée par Felipo Gramatica, l'école de la défense sociale¹ critique les notions suivantes : délinquant², infraction³, et peine⁴. Elle propose de remplacer le droit pénal par le système de défense sociale⁵. Quant à l'Ecole abolitionniste⁶, elle a pour maître à penser : Louk Hulsman⁷. Il a défendu l'abolition du système pénal pour certaines raisons⁸. En alternative, l'infraction va être remplacée par la situation-problème. Et la réponse à la situation-problème n'est pas une peine, mais une mesure de défense sociale. Par mesure de défense sociale, il entend un processus à trois temps : 1) recours à un mécanisme de type *community board* où les intéressés sont invités à trouver eux-mêmes la solution du conflit qui les oppose ; 2) en cas d'échec, recours à un procédé d'arbitrage devant un conciliateur qui présente une solution aux intéressés en sollicitant leur accord ; 3) en dernier ressort, recours aux solutions légales civiles, de type compensatoire et conciliatoire⁹. Après la relativisation du droit pénal, l'idéologie des peines alternatives va se consolider avec la théorie de la déprisonnalisation.

¹ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1^{er} édition, 1989, pp. 93-94.

² Le délinquant est un produit artificiel de la criminalisation primaire ou secondaire.

³ Et l'infraction ne renseigne pas suffisamment sur l'anti-socialité de l'individu.

⁴ La peine découle d'une conception autoritaire de l'Etat, n'améliore pas le rapport entre l'individu et la société, et ne produit un effet de prévention générale plus par la peur que par l'adhésion volontaire de l'individu.

⁵ Il propose de remplacer l'infraction par l'anti-socialité. C'est l'inadéquation de l'individu à l'ordre social. Elle déterminée par les experts bio, médicaux, psycho, sociaux, à partir des expertises scientifiques. La loi pénale survie. Cependant, elle détermine l'existence des indices, mais la science détermine la nature et la mesure de l'anti-socialité. On parle d'indices d'anti-socialité. Dès lors qu'ils sont établis, le juge saisit les experts pour établir la responsabilité morale. A côté de celle-ci subsiste la responsabilité civile. Elle permet à l'auteur de l'acte réparer le préjudice subi par la victime. Le juge a une mission : mettre en adéquation l'individu et la société. En conséquence, il dispose des mesures de défense sociale suivantes : amendes, mises au travail pour la collectivité, l'enfermement, et la formation idéologique ou professionnelle.

⁶ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op.cit., pp. 116-118.

⁷ Ancien sous-Ministre de la Justice des Pays-Bas, et Professeur de Droit à l'Université de Rotterdam.

⁸ Hulsman a relevé le poncepilatisme du système pénal : c'est une machine bureaucratique où il n'y a aucun responsable. Le système pénal est incontrôlable, parce qu'il est constitué de différents sous-systèmes peu coordonnés entre eux. Le système pénal vole le conflit aux personnes intéressées et produit une seule chose : la souffrance. Les auteurs et les victimes se trouvent devancer par le ministère public, qui vole leur conflit. Et la souffrance que produit le système pénal se matérialise par les condamnations faisant du condamné et de sa famille des victimes de la stigmatisation sociale.

⁹ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op.cit., pp. 116-117.

Elle prend sa source dans la lutte contre la surpopulation carcérale. Il convient de citer certaines déclarations en ce sens : Dans un document de 2008 de l'Office des Nations unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC)¹ ; Le Douzième congrès des Nations unies pour la prévention du crime et la justice pénale (Salvador, Brésil, 12-19 avril 2010)² ; la Déclaration de Ouagadougou pour accélérer la réforme pénale et pénitentiaire en Afrique³ ; la résolution 25/2013 adoptée par le Conseil économique et social le 25 juillet 2013 sur l'ensemble de règles minima pour le traitement des détenus⁴.

**la théorie de l'alternance à la peine en matière de cybercriminalité* : il est opportun d'admettre l'alternance à la peine en matière de cybercriminalité à cause de l'importance du rôle joué par l'intelligence dans la commission de ces infractions. Le cybercriminel est généralement une personne capable d'avoir une « intelligence informatique supérieure à celle des victimes ». Le cybercriminel est capable de décoder les logiciels et de pénétrer un réseau pour une exploitation

¹ Il note que « dans la pratique, le recours général à l'emprisonnement augmente partout, sans que l'on puisse affirmer qu'il en résulte une amélioration de la sécurité publique. Il y a actuellement plus de neuf millions de détenus dans le monde, et le nombre est en augmentation ». (Manuel des principes fondamentaux et pratiques prometteuses sur les alternatives à l'emprisonnement, 2008).

² Il a consacré un atelier aux stratégies et meilleures pratiques de prévention de la surpopulation carcérale. Cet atelier a mis en exergue les principaux facteurs qui contribuent au développement de la surpopulation carcérale. Il s'agit notamment : Des politiques de justice pénale qui accordent un poids excessif aux sanctions ou dont les incidences n'ont peut-être pas été correctement évaluées ; De l'absence d'alternatives à l'emprisonnement et de politiques et lignes directrices en matière de peines qui encouragent le recours aux mesures non privatives de liberté ; Des insuffisances et des retards dans les procédures judiciaires ; Des difficultés d'accès à la justice des populations pauvres et des couches vulnérables ; De l'absence de programmes de réinsertion sociale et d'accompagnement post-carcéral ; De l'insuffisance des infrastructures des établissements pénitentiaires.

³ Elle a demandé dès 2002 que des mesures soient prises pour réduire la population carcérale et estimé que "Les différents organes de la justice pénale devraient collaborer plus étroitement afin de moins recourir à l'emprisonnement. La population carcérale ne peut être réduite que par une stratégie concertée".

⁴ Elle recommande dans son paragraphe 13 que « les États Membres s'efforcent de réduire la surpopulation et le recours à la détention provisoire, lorsque cela est approprié ; encouragent un accès accru aux mécanismes de justice et de défense ; renforcent les alternatives à l'emprisonnement, comme les amendes, le travail d'intérêt général, la justice réparatrice et la surveillance électronique ; et appuient les programmes de réadaptation et de réinsertion, conformément aux Règles minima des Nations unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo) ».

illégal. A l'observation des peines privatives de liberté, elles sont de nature délictuelle. Et une fois sorti de prison, le cybercriminel va reprendre ce qu'il sait faire. Il en ressort l'inutilité de la privation de liberté sur la détermination du cybercriminel à abandonner ses activités. Par contre, la reconnaissance de son intelligence comme un capital humain exploitable par l'Etat peut être un choix de politique criminelle pertinent. C'est l'idée de la reconversion.

-la consistance de l'alternative à la peine en matière de cybercriminalité : l'étude de la consistance de l'alternative à la peine passe par la distinction avec les peines alternatives, la reconversion à géométrie variable, et la reconversion motivée par la théorie utilitariste.

** la distinction de l'alternative à la peine des peines alternatives* : Par définition, une peine alternative désigne une peine qui peut être prononcée au lieu d'une autre et à titre de peine principale. Elle a pour vocation de remplacer l'emprisonnement et l'amende¹. La peine alternative était anciennement appelée « peine de substitution » ; en ce qu'elle fait entendre que les peines alternatives ne sont pas secondaires, mais prononcées à titre principal². Une lecture du dictionnaire fait ressortir une énumération des peines alternatives pour fixer leur contenu et leur substance. Sont retenues comme peines alternatives : le jour-amende, stage de citoyenneté, travail d'intérêt général, peines restrictives de droits, et sanction-réparation³. Cette liste peut être complétée par le code pénal français : détention à domicile sous surveillance électronique⁴, stage⁵, interdiction de fréquenter certains lieux ou certaines personnes, interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, confiscation, immobilisation du véhicule, interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, annulation ou suspension du permis de conduire, interdiction de conduire certains véhicules, retrait du permis de chasser, interdiction de détenir ou de

¹ G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, pp. 745-746.

² Ibid, p. 756.

³ Ibid, p. 756.

⁴ Article 131-4-1 du code pénal.

⁵ Article 131-5-1 du code pénal.

porter une arme soumise à autorisation¹. A l'inverse, l'alternance à la peine veut dire le choix de ne pas recourir à la peine après la commission d'une infraction pour proposer une mesure non pénale. C'est ce qui s'observe avec la reconversion du cybercriminel comme agent de l'Etat contre la cybercriminalité. En effet, les peines alternatives par nature restent des peines, mais qui ne s'exécuteront pas en prison. Or l'alternance à la peine avec la reconversion n'est pas une peine. C'est un changement de statut proposé au délinquant pour passer d'infracteur à la loi pénale pour protecteur de la loi pénale. Cependant, pour que la reconversion trouve une place dans la loi pénale, l'analyse propose qu'on la considère comme une « mesure ». Le droit pénal connaît « les peines et les mesures ». La catégorie des mesures de sûreté va s'enrichir de la reconversion comme alternative à la peine différente de peines alternatives.

**la reconversion à géométrie variable en matière de cybercriminalité* : reconvertir un cybercriminel consiste après avoir saisi un cybercriminel, à lui proposer un statut pour travailler au profit de l'Etat. Il existe des services dans un Etat, où l'intelligence informatique d'un cybercriminel peut être utile. A prendre l'exemple du Cameroun, il est possible de citer Interpol et l'ANTIC. En clair le cybercriminel reconverti aura un travail, un salaire et des avantages conséquents pour qu'il soit décourager de retourner dans la criminalité. Cependant, il convient de préciser que ce n'est pas tous les cybercriminels qui vont bénéficier de la reconversion. Il faudrait que les capacités intellectuelles du cybercriminel soient supérieures à celles des techniciens de l'Etat en charge de la veille sur les réseaux et de la répression de la cybercriminalité. En effet, si l'Etat ne gagne rien dans l'intelligence du cybercriminel, il est logique qu'en retour, il ne bénéficie pas d'une offre de reconversion. Dans ce cas, les sanctions pénales prévues par la loi vont logiquement s'abattre sur le délinquant.

**la reconversion motivé par la philosophie utilitariste* : C'est le lieu de mobiliser l'Ecole de l'utilitarisme en droit pénal. Jérémy Bentham (1748-1832). Le penseur

¹ <https://justice.ooreka.fr>

a structuré sa pensée autour de l'opinion suivante : « *Tout individu se gouverne, même à son insu, d'après un calcul bien ou mal fait des peines et des plaisirs. Préjuge-t-il que la peine sera la conséquence d'un acte qui lui plait, cette idée agit avec une certaine force pour l'en détourner. La valeur totale de la peine lui paraît-elle plus grande que la valeur totale du plaisir, la force répulsive sera la force majeure, l'acte n'aura pas lieu...Il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit...Supposez le profit du crime égal à dix livres sterling, supposez la chance de la peine comme une à deux, pour rendre la peine équivalente au profit du crime, il faut la porter à vingt livres sterling¹ ». La politique criminelle utilitariste de Bentham se fonde sur l'« *homo penalis* ». C'est un individu capable de répondre de ses actes, capable de calculer jouissance et plaisir d'une part et souffrance d'autre part. Bentham se résume en observant que chacun d'entre nous est responsable et si nous commettons des infractions, nous sommes tous susceptibles d'être pénalisés. En faisant le calcul des gains et des revers du crime, le criminel en puissance pourra ou ne pourra pas passer à l'acte. Bentham parle du *principe de l'arithmétique pénale*². Il revient au législateur d'adopter des lois dont les sanctions dissuaderaient le délinquant en puissance de passer à l'acte. En s'inspirant de l'école utilitariste, le législateur pénal doit aggraver la sanction des infractions cybernétiques. Ainsi, le cybercriminel reconverti sera découragé de retourner dans le crime, en comparant ce qu'il gagne et ce qu'il perd.*

Conclusion

En dernière analyse, l'ambition de départ était d'effectuer une analyse sur le thème : « *Réflexion sur le droit pénal cybernétique : d'un modèle national à un droit pénal mondial* ». Pour faire mousser l'analyse, la question suivante a semblé

¹ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op.cit., p. 45.

² J. M. VAURAUT, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *Revue de science criminelle*, 1982, p. 261 et s.

être opportune : Doit-on se contenter de la copie actuelle du droit pénal cybernétique au Cameroun ? La réponse possible, qui a retenu l'analyse est que : la copie actuelle du droit pénal cybernétique camerounais provoque une nouvelle réflexion. L'illustration de cette idée amène à suggérer un passage d'un droit pénal cybernétique national pour un droit pénal cybernétique mondial. Les prémices, que pose la théorie du droit global¹, peuvent créditer l'idée d'un embryon grandissant du droit pénal mondial. Cette piste pourrait être examinée à la faveur d'une autre analyse.

¹ Le droit global peut aussi être appréhendé comme le droit sans le territoire. V. B. BARRAUD., « Le Droit sans le Territoire. Globalisation et postmodernité juridiques », *Jurisdoctoria*, N°10, 2013, p. 47.

**Les orientations actuelles du droit
constitutionnel africain
Le cas des Etats d'Afrique noire francophone**

Eric Stéphane MVAEBEME - Ph.D en droit public, Maitre-Assistant, Université de
Dschang

Résumé

Les orientations sont des dispositions, des positions actuelles du droit constitutionnel en Afrique. L'on constate ainsi des changements clairs dans le cadre de ce droit. Il est donc possible de se demander, qu'est ce qui caractérise les orientations du droit constitutionnel africain ? Ce qui les caractérise, c'est une certaine dualité. En même temps, l'on remarque la consolidation des orientations primaires, et l'irruption des orientations secondaires.

De toutes les institutions que l'ordre social a enfantées, celle de l'Etat est la plus éminente¹. Tout simplement, parce que c'est au sein de l'Etat qu'émergent des orientations prises par l'ordre gouvernant dans le sens du constitutionnalisme. Ces orientations peuvent soit accompagner l'ordre gouvernant, soit ne pas l'accompagner. Mais, dans un cadre général d'étude, ces orientations vont toujours de pair avec l'ordre gouvernant.

L'expression « droit constitutionnel » peut s'entendre comme une science, comme une prérogative ou encore comme un ensemble de normes². Telle une science, le droit constitutionnel peut être appréhendé comme la science qui étudie la Constitution de l'Etat. Comme science, l'objet d'étude du droit constitutionnel est l'Etat, en tant que forme de société politique, forme d'organisation sociale et cadre d'exercice du pouvoir. De ce point de vue, le droit constitutionnel est le droit de la Constitution³. Telle une prérogative, dans ce sens, l'expression désigne une faculté, c'est-à-dire un droit ou une liberté, conférée par la Constitution. Le vocable « droit constitutionnel » est souvent utilisé pour désigner les droits, en même temps que les libertés, reconnus en vertu de la Constitution ou d'un instrument à valeur constitutionnelle. Le droit constitutionnel peut aussi être entendu comme un ensemble de normes, c'est-à-dire que le droit constitutionnel s'entend comme un ensemble de normes de nature constitutionnelle. La norme de nature constitutionnelle se reconnaît matériellement et formellement⁴. Il faut tout de même relever que le droit constitutionnel tel qu'il apparaît aujourd'hui est largement tributaire des logiques du professeur Favoreu qui y identifiait trois strates qui permettent de le définir. A ce sujet l'on note aujourd'hui qu'il est admis une triple dimension du droit constitutionnel par rapport aux trois objets classiques de ce dernier : les

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1929, p.78.

² Abdoulaye Soma, *Traite de droit constitutionnel général. Philosophie-Théorie-Ius positivum*, tome I, *Théorie générale du droit constitutionnel*, éditions LIBES, février 2022, p.19.

³ Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, p.73.

⁴ Abdoulaye Soma, *Traite de droit constitutionnel général*, *op. cit.*, p.19.

institutions, les normes et les libertés. En sus, le professeur Abane Engolo adjoint une quatrième strate qui est constituée des « constitutions néolibérales »¹. Elles sont modifiées ou élaborées dans une perspective libérale et tendent à asseoir l'état de droit même si l'on note une consolidation du pouvoir du Chef de l'exécutif. Par contre, concernant les sociétés plurales africaines, on parle de droit constitutionnel démotique² (composantes sociologiques de la population) comme quatrième strate du droit constitutionnel. C'est en clair la quatrième strate du droit constitutionnel. Lorsqu'on évoque le droit constitutionnel africain, revêt ainsi une double signification et renvoie d'une part, à l'idée d'un droit constitutionnel secrété par les Etats africains, particulièrement ceux d'expression française, sur la base de leurs réalités sociopolitiques ce qui traduit l'idée d'adaptation, de tropicalisation des valeurs et principes constitutionnels et surtout, la formulation des principes originaux. D'autre part, elle désigne la convergence des modèles constitutionnels de ces Etats³. Concernant l'idée d'un droit constitutionnel secrété par les Etats africains, on peut valablement défendre la thèse d'une fracture constitutionnelle⁴ en Afrique noire francophone. C'est ce qui permet de dénombrer des dispositions atypiques ou originales dans les Constitutions africaines chères au professeur Demba Sy qui affirme dans ce sens que « dans nombre de textes africains, on trouve des dispositions originales, inhabituelles dans les lois fondamentales »⁵. Par rapport à la thèse de la

¹ Patrick Edgar Abane Engolo, « Les figures de la Constitution matérielle », in Oumarou Narey (dir.) *La Constitution*, actes du séminaire scientifique tenu à Niamey du 24 au 26 octobre 2018, L'harmattan-Sénégal, association nigérienne de droit constitutionnel, p.198.

² Alain Ondoua, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n° 242), p.92 et sq. Lire aussi Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, op. cit., p.308.

³ Sory Balde, *La convergence des modèles constitutionnels. Etude des cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, 536p.

⁴ Frédéric Joël Aïvo, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in Frédéric Joël Aïvo (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glèlè, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 34

⁵ Demba Sy, « De quelques dispositions atypiques dans les Constitutions africaines », in Frédéric Joël Aïvo (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* op. cit., p.273-283.

convergence des modèles constitutionnels de ces Etats, il sied de relever que l'Afrique en général se présente comme un « espace d'isomorphisme constitutionnel »¹ où il règne une certaine convergence des modèles constitutionnels, au moment où l'on évoque de plus en plus l'idée de standards constitutionnels mondiaux².

Le mot « orientations »³ signifie les dispositions, les positions, les situations, et directions⁴. Il s'agirait en quelque sorte des différentes voies qu'emprunte le droit constitutionnel aujourd'hui dans les Etats d'Afrique noire francophone. En quelque sorte, il est impérieux d'y voir les différentes situations dans lesquelles se trouve le droit constitutionnel en Afrique. Ce qui judicieux d'étudier ici, ce sont les différentes situations constitutionnelles présentes dans les Etats africains en général et francophones en particulier.

Les Etats d'Afrique noire francophone, par « solidarité idéologique »⁵ et par adhésion à la « civilisation de l'universel »⁶ se sont inscrits dans la voie du constitutionnalisme qui est une « idée de droit »⁷. Ces Etats « appartenant à la

¹ André Cabanis et Jean-Louis Martin, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *Mouvement du droit public, mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2005, pp.343-357

² Mathieu Disant, Gregory Lewkowicz, Pauline Türk (dirs), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant, 2018, 473p.

³ La question des orientations n'est pas nouvelle en droit. En droit public financier l'on parle du débat d'orientation budgétaire, Janvier Fermose, *Le débat d'orientation budgétaire en droit camerounais*, *Mosaïque / Revue panafricaine des sciences juridiques comparées*, Numéro 23, 2022, pp. 21-61. En histoire du droit, Jean Hilaire, « Les orientations de l'historiographie de droit privé entre 1850 et 1950 », in Jacques Poumarede (dir.), *Histoire de l'histoire du droit*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, pp.237-255. En droit administratif des biens, *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique*, Mélanges en l'honneur de Philippe Godfrin, Mare et Martin, 17 avril 2014, 530p.

⁴ Le Robert, *Dictionnaire des synonymes et nuances*, Collection les Usuels, Manchecourt, 2006, p.801.

⁵ Marcel Merle cité par Magloire Ondo, « une résurrection : Le régime parlementaire camerounais », *AFSJP/UD*, N°2, 2002, p.26.

⁶ Francisco Melédje Djedjro, « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé*, op. cit., p.591.

⁷ Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 20^e édition, LGDJ, Paris, 1984, p.42 et sq.

famille constitutionnelle française »¹ont expérimenté le constitutionnalisme sous la forme de vagues ou de cycles².

Le premier cycle, encore appelé constitutionnalisme octroyé³, se situe entre 1960 et 1964. C'est ce constitutionnalisme dont héritent les Etats sous domination française de façon imposée⁴ ou non⁵. Les constitutions des *post-colonies* brillent par leur mimétisme et sont d'inspiration libérale. Elles s'attachent aux « *ingrédients de la démocratie de type occidental* »⁶ et aux principes traditionnels qui caractérisent le constitutionnalisme en occident : la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux reconnus aux individus, la consécration de l'Etat de droit⁷. Concernant le second cycle, ou constitutionnalisme autochtone⁸, qui se situe dans l'intervalle 1964-1965 et 1990, la doctrine remarque une mutation du modèle libéral des indépendances vers le gouvernement autoritaire⁹. En clair, l'on note une inflexion du constitutionnalisme

¹ Gerti. Hesselning, « La réception du droit constitutionnel en Afrique, quoi de neuf ? », in Carla Zoethout, *Constitutionnalism in Africa, a quest for autochthonous principles*, Rotterdam, December 1996, p.34.

² L'on retrouve les prémisses de la théorie des cycles constitutionnels chez les doyens Maurice Hauriou et Georges Vedel. Pour le premier, il existe deux cycles constitutionnels en France chacun ayant une évolution en trois phases : une période de gouvernement conventionnel marquée par la suprématie de l'institution parlementaire ; une période de dictature exécutive et une période d'équilibre parlementaire des pouvoirs. Pour un approfondissement, lire son *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, p.294, Christian Bidegaray et Claude Emeri, *La constitution en France de 1789 à nos jours*, Armand Colin, Paris, 1997, p.15. Pour le second, l'expression consacrée est celle de *vague constitutionnelle*. Ainsi, chaque vague démocratique introduit des acquis irréversibles. Tout se passe donc selon l'auteur comme si l'évolution de la démocratie se faisait par des vagues dont chacune se retire après avoir déferlé, mais dont chacune aussi part de plus haut que la précédente. Lire le *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p.71. Samuel Huntington, *The third wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Janvier 1993, 366p.

³ Jérôme Francis Wandji Kanda, « Les zones d'ombres du constitutionnalisme en Afrique », *Juridis périodique*, n° 74, avril-mai-juin 2008, p.85.

⁴ Maurice Ahanhanzo Glele, « La constitution ou loi fondamentale », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, chapitre 1, tome 1, Abidjan-Dakar-Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p.24.

⁵ Pierre François Gonidec, « Constitutionnalismes africains », *RJPIC*, octobre-décembre 1994, p.35

⁶ Pierre François Gonidec, *Les systèmes politiques africains*, 3^e édition, Paris, LGDJ, 1997, p.36.

⁷ Adama Ferdinand Kpodar, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex revue électronique*, 2012, p.3.

⁸ Jérôme Francis Wandji Kanda, « Les zones d'ombres du constitutionnalisme en Afrique », *op. cit.*, pp.85-86.

⁹ Adama Ferdinand Kpodar, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p.3

classique et une construction du présidentielisme négro-africain¹ aux tendances monocratiques et autocratiques². Ce constitutionnalisme trouve son inspiration non seulement dans les traditions africaines mais aussi dans le modèle soviétique dont il tire le parti unique. Le constitutionnalisme de l'époque fait la part belle aux régimes de partis uniques plébiscitaires³. Comme justificatifs, on a évoqué à profusion les impératifs d'unité nationale, la lutte contre le sous-développement, la nécessité pour l'Afrique de se doter de régimes politiques propres à son génie culturel. La liquidation du constitutionnalisme autoritaire se fera par la suite et sous la pression du vent d'Est, inauguré par Gorbatchev suivant le triduum *Perestroïka, Glasnost, Oukonomia* et qui a fini par l'emporter⁴. Le présidentielisme négro-africain sauvage d'antan n'a pas disparu, mais est certes devenu un peu plus policé. Le troisième cycle ou constitutionnalisme renouvelé est celui dans lequel se situe l'étude. Il a pour point de départ les années 90. Ce cycle correspond au printemps juridique et politique⁵. Le constitutionnalisme des années quatre-vingt-dix a restauré l'espoir après la vague des conférences nationales des forces vives des nations africaines qui ont jalonné tout le continent⁶. Le constitutionnalisme est devenu une réalité en Afrique au moyen de l'appropriation du droit par le politique et les populations africaines et la place prépondérante accordée aux droits de l'Homme dans les nouvelles constitutions africaines. Des élections disputées et concurrentielles sont organisées régulièrement en Afrique, faisant du juge constitutionnel, le juge des élections. Il

¹ Benoit Jeannot, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 1991, p.120 ; Jean Gicquel, « Le présidentielisme négro africain. L'exemple camerounais », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp.701-725

² Pierre François Gonidec, *Les systèmes politiques africains*, *op.cit.*, p.26.

³ Mamoudou Gazibo, *Introduction à la politique africaine*, Les presses de l'Université de Montréal, Canada, 2006, p.90. Exemples du Niger sous A. Saibou et Cameroun sous A. Ahidjo.

⁴ Marcelin Nguete Abada, « Réformes constitutionnelles et construction d'un Etat de droit au Cameroun », in Daniel Abouem A Tchoyi, Stéphane Claude M'bafou (dir.), *50 ans de réforme de l'Etat au Cameroun. Stratégies, bilans et perspectives*, Yaoundé, Harmattan, 2013, p.164.

⁵ Cyrille Monembou, *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais. Contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, Thèse de doctorat Ph.D en droit public, Université de Yaoundé II, 2011, p.251 et 255.

⁶ Jean Nazaire Tama, *L'odyssée du constitutionnalisme en Afrique*, L'harmattan, Etude africaines, Paris, p.17.

y a dans ce retour au constitutionnalisme libéral, la marque de l'eurocentrisme qui triomphe de nouveau pour des raisons héréditaires¹. Ce constitutionnalisme séduit et rassure² car « il est invoqué à la manière d'un fétiche pour exorciser les vieux démons comme l'autoritarisme et la dictature »³. Le nouveau constitutionnel a pour traits saillants l'adhésion aux valeurs de l'Etat de droit et l'institutionnalisation de la démocratie pluraliste ; mais, il n'a pas réussi à mettre fin aux fâcheuses pratiques qui, depuis plus de quarante ans, caractérisent le pouvoir africain de surcroît républicain.

Les orientations du droit constitutionnel sont diverses et multipliées au point où l'on pourrait même se perdre à l'intérieur. Du fait de la doctrine, l'on parvient à voir un peu plus clair dans celles-ci, car elles existent davantage des points de vue de la doctrine, des points de vue normatif, institutionnel et même jurisprudentiel. Au vu de toutes ces données juridiques (normatives et institutionnelles) contextuelles, qu'est ce qui caractérise les orientations du droit constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone ?

D'une certaine façon, il convient de dire que le constitutionnalisme qui débute à partir des années 1990 jusqu'à l'orée des années 2010 est dynamique. Il évolue et se solidifie au fil du temps. La troisième vague du constitutionnalisme connaît un affermissement de ses orientations. Mais l'on constate aussi que d'autres orientations émergent à côté de celles qui sont initiales. Il s'agit des orientations secondaires.

L'étude ainsi balisée a donc pour objectif pratique de montrer que le constitutionnalisme en Afrique francophone connaît tout de même des flux ou avancées. Cela résulte du fait que les diverses orientations dégagées par les pionniers se renforcent davantage tandis que d'autres émergent

¹ Severin Andzoka Atsimou, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique : Les exemples de l'Afrique du sud, la République démocratique du Congo, le Burundi et le Congo*, Thèse de doctorat en droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 29 juin 2013, p.265.

² Boubakar Ba, *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des Etats africains et d'Amérique latine*, Thèse de droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, août 2013, p.25.

³ Babacar Kante, « Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in Carla Zoethout (dir.), *Constitutionnalism in Africa*, Ed. Sander Institut, 1996, p.19.

progressivement. L'étude a pour cadre géographique les Etats d'Afrique noire francophone.

Pour atteindre l'objectif indiqué, l'étude va s'appuyer à la fois sur les textes constitutionnels, mais elle questionnera aussi minimalement la pratique en termes d'effectivité. Ainsi, dans la présente étude, il ne sera nullement question de positivisme formaliste, mais plutôt de positivisme pragmatique¹ ou factualiste. Le positivisme factualiste va au-delà de la règle et recherche l'enracinement ou l'application du droit dans la réalité sociale².

Le regard qui est posé sur les orientations actuelles du constitutionnalisme africain amène à mettre en lumière la consolidation des orientations primaires (I) qui s'accompagne de l'irruption des orientations secondaires (II).

I- La consolidation des orientations primaires

Les orientations primaires du droit constitutionnel africain sont l'état de droit et la démocratie. Celles-ci semblent devenir plus solides au regard de ce qu'elles étaient auparavant.

En clair, la consolidation des orientations primaires du constitutionnalisme libéral ou renouvelé en Afrique noire francophone se manifeste par l'affermissement progressif de l'Etat de droit (A) et le raffermissement graduel de la démocratie pluraliste (B).

A- L'affermissement progressif de l'Etat de droit

¹ Catégorie de positivisme qui en ce sens qu'il se tourne vers les faits et les actions. V. Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, Editions A. Pedone, 1978, p.279.

² Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 57.

Le renouveau constitutionnel initié en Afrique noire, après les transitions démocratiques, est irrémédiablement placé sous le signe de la consolidation de l'Etat de droit¹. La doctrine constitutionnaliste de la période d'émergence du pluralisme et de la démocratisation annoncée en Afrique notamment dans l'espace francophone, s'inscrivant elle aussi dans l'ère du temps, avait chanté l'avènement du règne du droit et de l'Etat de droit dans les Etats du continent. C'est la raison pour laquelle les Professeurs Cabanis et Martin considèrent l'Etat de droit comme « *un principe autour duquel se rassemblent ces constitutions africaines* »².

L'Etat de droit a deux dimensions, formelle et matérielle, ce qui voudrait dire que son affermissement repose sur l'affirmation de la primauté de la Constitution (1) et par le durcissement de la garantie des droits de l'homme (2).

1- L'affirmation consolidée de la primauté de la Constitution

Les Etats d'Afrique noire francophone adhèrent de façon continue à l'Etat de droit, c'est dans cette logique qu'ils affirment majoritairement dans leurs textes constitutionnels le respect du sacro-saint principe de la hiérarchie des normes. Ce principe tient au fait que le droit organise et règle sa propre création de sorte que l'ordre juridique ne consiste pas en un ensemble de normes même coordonnées entre elles qui se situeraient toutes sur le même plan mais en un ensemble de normes entretenant entre elles un rapport de création/application : une norme est créée selon une procédure elle-même déterminée par une autre norme de sorte que la première norme sert de fondement de validité à une seconde norme³. Cette façon de penser est attribuée à Hans Kelsen.

¹ Placide Moudoudou, *La Constitution en Afrique. Morceaux choisis*, L'harmattan, Paris, 2012, p.79.

² André Cabanis, Michel Louis Martin, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Academia, PUR, Bruylant, 2010, p.37.

³ Pierre Brunet, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », *Revus* [Online], 21, 2013, p.5.

in situ, la loi fondamentale camerounaise reconnaît qu' « elle sera exécutée comme Constitution de la République du Cameroun ». La constitution béninoise est plus diserte car elle postule d'une part au niveau du préambule que : « *Nous, peuple béninois, (...) affirmons solennellement notre détermination par la présente Constitution de créer un Etat de droit (...)* » ; d'autre part c'est-à-dire dans le dispositif, il est clairement précisé que : « *la présente Loi sera exécutée comme Constitution de la République du Bénin* »¹. La Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, précise de son côté que : « *elle est publiée au journal officiel de la République de Côte d'Ivoire et exécutée comme loi de l'Etat* »². Même la récente Constitution du Centrafrique reconnaît de façon expresse la suprématie de la Constitution, en ces termes : « *La présente Constitution sera publiée au Journal officiel et exécutée comme Constitution de la République centrafricaine* »³.

Il est à préciser que les Constitutions issues du constitutionnalisme libéral prévoient des mécanismes de sanction du non-respect de la hiérarchie des normes. C'est dans cette optique que les Etats d'Afrique francophone ont tous prévu et renforcé les mécanismes de contrôle de constitutionnalité depuis les années 1990. Ce contrôle ne voit pas le jour dans le constitutionnalisme libéral, car dans les premières Constitutions il existait déjà, mais il était sérieusement inhibé. L'on n'y voyait qu'une arlésienne⁴.

Ce qui est remarquable dans le nouveau constitutionnalisme est que, « *plusieurs Constitutions africaines ont décidé de mettre sur pied des juridictions constitutionnelles autonomes et spécialisées* »⁵. Ainsi, la majorité des Etats

¹ Cf. article 160 de la Constitution du 11 décembre 1990.

² Article 184 de Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

³ Article 159 de la Constitution du 30 mars 2016.

⁴ Jérôme Francis Wandji Kanda, « L'état de droit en Afrique : l'arlésienne ? », *RRJ*, 2013/2, pp.1001-1036.

⁵ Mouhamadou Mounirou Sy, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 37.

africains, du moins francophones¹ va reprendre le modèle *kelsenien* de justice constitutionnelle apparu en 1920 avec la création de la Cour constitutionnelle d'Autriche qui constitue le modèle le plus répandu en Europe². De façon générale, les membres des cours et conseils constitutionnels ne font pas partie du corps judiciaire, à l'exception du Burundi, de Madagascar et du Sénégal³. L'essor sans précédent de la justice constitutionnelle en Afrique fait partie des points de convergence entre les Etats francophones⁴. Le Gabon est le premier à mettre sur pied la première juridiction constitutionnelle digne de ce nom, cet exemple sera repris par d'autres Etats.

En ce moment la juridiction constitutionnelle la plus audacieuse est assurément la Cour constitutionnelle béninoise⁵, mais on pourrait aussi ajouter celles de la Côte d'Ivoire⁶, du Niger, du Sénégal et même du Gabon. La Cour constitutionnelle béninoise est vue en parangon dans la mesure où elle est probablement celle des juridictions constitutionnelles du modèle kelsénien à disposer d'une batterie

¹ Bénin (art. 114) C. du 11 décembre 1990, Togo (art. 99), Mali (art. 85) C. de 1992, Gabon (art. 83), Côte d'Ivoire (article 126) loi constitutionnelle de 2016, Madagascar (art. 105), Mauritanie (art. 81), Congo (art. 138), République du Centrafrique (art. 95) C. du 30 mars 2016.

² Ibrahima Diallo, « La légitimité du juge constitutionnel africain », *Afrilex, revue électronique*, p.150.

³ Au Burundi, les garanties accordées au corps judiciaire sont également applicables aux juges constitutionnels. Il n'y a pas de spécificité particulière. Au Madagascar aussi les mêmes garanties leurs sont applicables mais avec une certaine spécificité car le président est justiciable devant la Haute Cour de Justice, tandis que les membres bénéficient d'une protection spéciale. Quant au Sénégal, les juges constitutionnels font partie du corps judiciaire mais leur statut est règlementé par une loi organique n° 92-22 du 30 mai 1992 sur le Conseil Constitutionnel. Pour plus de détails à ce propos voir *L'indépendance des juges et des juridictions*, Bulletin n°7, novembre 2006 de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), pp.115 et s.

⁴ Sory Balde, *La convergence des modèles constitutionnels. Etude de cas en Afrique subsaharienne*, éditions Publibook, 2011, p.435 et sq.

⁵ Lire dans ce sens, Alioune Badara Fall, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé*, L'harmattan, Paris, 2014, pp.717-718, Jean-Louis Atangana Amougou, « La Cour constitutionnelle du Bénin comme modèle de justice constitutionnelle en Afrique ? », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit.*, pp.647-660.

⁶ Par l'avis n° 003/CC/SG du 17 décembre 2003, le Conseil constitutionnel ivoirien a procédé à une extension jurisprudentielle de sa compétence consultative. La doctrine a salué ce geste courageux, lire L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.360.

complète de compétences et en conséquence, à avoir le plus de travail. Pour cause, la formulation de l'article 114 de la constitution est suffisamment évocatrice à ce sujet. Il dispose que : « *La Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'état en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques...* ». Qui plus est, l'article 3 habilite la Cour à censurer « *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires* » à la constitution. L'on observe ainsi le décroisement du domaine des normes contrôlées par la Cour¹ et son élargissement² vers les actes infra législatifs, les décisions de justice voire des actes extra normatifs comme par exemple, des propos tenus à l'occasion de discours ou d'émissions de télévision³. La Cour constitutionnelle gabonaise dispose quasiment du même champ compétentiel⁴. Longtemps considérée comme une « *tour de Pise* » qui ne penche que vers le gouvernement, la Cour fait montre déjà d'audace⁵ en tant que censeur de celui-

¹ Frédéric Joël Aïvo, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle, revue de contentieux constitutionnel*, n° 1, 2013, p.45.

² Sur deux mille cent dix-neuf (2119) décisions rendues par la juridiction constitutionnelle béninoise de 1991 à décembre 2011, cinq cent six (506) ont concerné divers actes et textes sur le fondement de l'article 3 alinéa 3. La sélection étant présentée selon une approche thématique, le travail de fourmi a permis de recenser un traité, une loi constitutionnelle, onze lois organiques, quatre-vingt-quatorze lois ordinaires, deux décisions-lois, six dispositions législatives codifiées (codes) , dix-huit ordonnances, cent neuf décrets, cent dix arrêtés, cent trente et huit décisions toutes formes confondues, quarante-quatre décisions de justice, vingt-neuf lettres, cinq communiqués, douze messages, deux circulaires, six notes de service, cinq actes présumés inconstitutionnels, deux avis et une déclaration. Cf, Ibrahim David Salami, « La constitutionnalité des actes administratifs au Bénin », *Cahier du Cédac*, n° 1, *Les métamorphoses du droit public*, janvier 2013, p.15.

³ Décision DCC 13-071 du 11 juillet 2013.

⁴ Comme au Bénin, la Cour constitutionnelle gabonaise contrôle la constitutionnalité des actes réglementaires « censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques ». Elle s'est courageusement déclarée compétente par Décision du 17 avril 2001 pour statuer sur la régularité juridique de l'arrêté n° 00139/MTMM/DGTT du 30 août 1999.

⁵ Placide Moudoudou, « Réflexions sur le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, 2011-2012 ; 12-13, p.74.

ci¹ et de ses actes². Dans cette mouvance, le cas malgache peut aussi interpeller au regard de la hardiesse du juge³. L'on est en droit de déplorer le ravalement du Conseil constitutionnel tchadien en chambre de la cour suprême à la faveur de la dernière Constitution du 4 mai 2018.

Toutefois, il y a lieu de dire que malgré des exemples isolés de juges qui excellent dans le *judicial activism*, l'état de droit est encore un peu fragile par endroit.

Avec des cours constitutionnelles qui par moment en font un peu trop⁴, les droits de l'homme se voient mieux protégés.

2- Le durcissement avéré de la garantie des droits de l'homme

Le doyen René Dégni Ségui précise que « *les principes universels auxquels les constitutions africaines font référence et dont elles proclament l'attachement sont puisés dans les constitutions des pays occidentaux et des divers actes des Nations Unies. Ces principes sont relatifs à la démocratie, à l'Etat de droit et aux droits de l'homme* »⁵. Du fait du néo-constitutionnalisme, ces derniers sont mieux protégés.

¹ La Cour a mis fin aux fonctions du Gouvernement par la Décision N°022 /CC du 30 avril 2018 relative à la requête présentée par le premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la constitution.

² La décision n°045/CC du 03 décembre 2015 relative à l'annulation de l'ordonnance n°15/PR/2015 du 11 août 2015 portant organisation et fonctionnement de la justice. L'on cite aussi précédemment la Décision du 15 décembre 2011 censurant les articles 4 et 5 du décret n°01106/PR/MCEN du 30 septembre 2011 portant création, attributions et organisation de l'Agence de Régulation des Communications Electroniques et des Postes pour violation manifeste du principe de la hiérarchie des normes.

³ Par la Décision n°18-HCC/D3 du 25 mai 2018 Relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery Rajaonarimampianina, la Haute Cour constitutionnelle n'a certes pas prononcé la déchéance du Président de la République que sollicitait l'opposition. Mais elle a bien sanctionné le Pouvoir pour manquement à son obligation constitutionnelle de mise en place de la Haute Cour de justice, en lui adressant des injonctions « *Sauf Accord politique dans un délai de dix (10) jours* ».

⁴ Dandi Gnamou, « La Cour constitutionnelle du Benin en fait-elle trop ? », in Frederic Joel Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit.*, pp.687-716.

⁵ René Dégni Segui, *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone. Théorie et réalités*, 2^e éd., Abidjan, CEDA, 2001, p.63.

Primo, cela se manifeste par l'élargissement de la *Constitution sociale*¹. Ce que le Doyen Maurice Hauriou appelait « *constitution sociale* » désigne « ... les institutions juridiques et les droits individuels concernant la liberté, la famille, la propriété, et le commerce juridique »². L'élargissement provient du fait que les Constitutions actuelles consacrent de nouveaux droits. Ceux-ci sont relatifs à la promotion de la famille, de la protection des « *cadets sociaux* » comme la femme et les enfants. De plus en plus l'accès à la culture représente un autre de ces droits nouveaux³ avec la protection des cultures de communautés spécifiques comme dans le préambule camerounais, ainsi que dans les articles 10 et 11 béninois. La protection de l'environnement n'est pas en reste car dans nombre d'Etats, il s'agit d'un droit (Sénégal, Togo, Congo-Brazzaville, cote d'ivoire...) et pour d'autres un droit et un devoir (Benin, Cameroun). *Secundo*, le durcissement de la garantie des droits se manifeste aussi par la prolifération des institutions protectrices. Le pouvoir judiciaire (juridiction administrative et judiciaire) couplé à la juridiction constitutionnelle forme le pouvoir juridictionnel. Ce dernier assure une garantie visible des droits de l'homme⁴. Pourtant, l'efficacité de la garantie des droits et libertés par le juge constitutionnel africain, est perfectible. D'abord, dans la mesure où tous les Etats africains francophones n'ont pas prévu la saisine directe ou le recours direct des citoyens devant le juge constitutionnel, il est normal que la protection constitutionnelle des droits humains fondamentaux connaisse des problèmes dans les Etats où cette saisine n'existe pas⁵. Ensuite, la protection est aussi non juridictionnelle. Hormis l'existence des Commissions nationales des droits de l'homme, l'on note que certaines autorités administratives indépendantes se sont vues octroyer la personnalité juridique

¹ Francisco Meledje Djedjro, *Droit constitutionnel*, 10^e éd., ABC, Abidjan, 2014, p.137.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p.613.

³ André Cabanis, Michel Louis Martin, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, *op. cit.*, p.35.

⁴ DCC 11-94 du 11 mai 1994, la Cour constitutionnelle béninoise reconnaît sa compétence exclusive pour statuer sur les violations des droits humains.

⁵ Hilaire Akerekoro, « la cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Afrilex-revue électronique*, septembre 2016, p.27.

pour favoriser une plus grande individualisation¹, et une plus grande autonomie vis-à-vis de l'Etat². La volonté de renforcer l'autonomie et partant l'efficacité de ces structures a conduit nombre d'Etats africains à leur donner une base constitutionnelle faisant d'elles des « autorités publiques constitutionnelles »³. Dans les Etats d'Afrique, l'on note une sorte d'inflation généralisée de ces autorités⁴. Le constituant béninois de décembre 1990 en son article 24 fait de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication une autorité constitutionnelle indépendante tout comme le Comité National de l'Egal Accès aux médias d'Etat du Mali⁵, du Conseil National de la Communication du Gabon⁶, et la Commission Nationale des Droits de L'homme du Congo Brazzaville⁷, ou encore le Médiateur de la République en Côte d'Ivoire⁸. Tout cela a une incidence sur la consolidation de la démocratie pluraliste.

B- Le raffermissement décisif de la démocratie pluraliste

La démocratie pluraliste est souvent présentée comme « *un système institutionnel aboutissant à des décisions politiques et dans lequel des individus acquièrent le pouvoir de statuer sur ces décisions à l'issue d'une lutte concurrentielle portant sur les votes du peuple* »⁹. Elle tend essentiellement à confier le pouvoir politique aux plus nombreux. Elle repose sur le suffrage universel, le pluralisme politique le choix libéré et éclairé, le principe majoritaire et la liberté d'opposition. C'est dans ce sillage que la plupart des Etats africains proclament leur caractère démocratique.

¹ Sébastien Martin, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDJ*, 01 janvier 2013 n° 1, p.2.

² *Ibid.*, p.2.

³ Benoît Delauney, « Les autorités constitutionnelles indépendantes », *AJDA*, 2011, p.817.

⁴ Cyrille Monembou, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif camerounais », *RBSJA*, n° 38, 2017, pp.254.

⁵ Article 7 de la C. du 25 février 1992.

⁶ Article 95 C. du 12 janvier 2010.

⁷ Article 214 C. du 6 novembre 2015.

⁸ Article 165 C. du 8 novembre 2016.

⁹ François Borella, *Eléments de droit constitutionnel*, Presses de sciences Po, Paris, 2008, p.220.

Le constitutionnalisme renouvelé prend très au sérieux la démocratie qui est aussi « le cadre politique de l'Etat de droit »¹. C'est ainsi sous l'impulsion de ce cycle constitutionnel que la démocratie pluraliste se revitalise davantage par le biais de la concrétisation du pluralisme politique (1) et par la construction libérale du pouvoir (2).

1- La concrétisation consolidée du pluralisme politique

Le pluralisme politique se concrétise dans la troisième vague du constitutionnalisme parce que le multipartisme est une réalité agissante. Diverses raisons attestent de cette concrétisation.

Primo, les partis politiques en Afrique francophone sont des institutions constitutionnelles. Ce néo-constitutionnalisme africain des années 1990 a vu naître le multipartisme en tant qu'un principe fondamental caractéristique de la démocratie africaine. Et pour cause, le pluralisme politique occupe désormais une place prépondérante dans les systèmes politiques africains². Pour décrire les différents types de rapports entre les Constitutions et les partis politiques aujourd'hui, l'on évoque deux types de traditions : la tradition reconnaîtive et la tradition d'indifférence³. Correspondent à la tradition reconnaîtive, les Constitutions qui reconnaissent formellement les partis, en consacrant leur liberté, en leur attribuant la qualification d'éléments constitutifs de la démocratie, en consacrant leurs liens organiques avec l'Etat ou qui encadrent leur activité afin de protéger les institutions d'éventuels abus. Les Etats d'Afrique noire francophone s'inscrivent dans cette logique reconnaîtive, cela exprime la réalité

¹ Theodore Holo, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes juridiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, p.18.

²Kassere Afo Sabi, *La transparence des élections en droit public africain, à partir des cas béninois, sénégalais et togolais*, Thèse de droit public, Université de Bordeaux IV et Université de Lomé, 2013, p.31.

³ Eléonore Potier De La Varde, *L'ordre juridique partisan*, Thèse de droit public, université de Panthéon-Assas Paris II, février 2013, p.180.

du pluralisme politique. L'inscription usuelle est : « *les partis politiques (et les formations politiques) participent à l'expression du suffrage* »¹. Il est utile de relever que même si leur existence est reconnue par le texte constitutionnel, celui-ci leur impose de se soumettre à certaines règles. A cet effet, ils doivent respecter la souveraineté nationale, la démocratie, l'intégrité territoriale, la laïcité de l'Etat. Des lois régissant les conditions d'existence des partis politiques, de leur création à leur dissolution, sont alors adoptées et une vague d'ajustement de ces législations, qui porte tant sur les questions de financement des partis que sur l'instauration d'un statut pour l'opposition, a suivi dans les années 2000². Le constat est donc celui de la reconnaissance d'un « statut juridique »³ à l'opposition politique même comme celle-ci relève d'un verre à moitié plein du fait d'une institutionnalisation incontestable et limitée⁴. Les Constitutions sénégalaise du 22 janvier 2001⁵ et congolaise du 18 février 2006 reconnaissent un statut à l'opposition en attribuant des droits et des garanties à celle-ci. Par contre, d'autres le reconnaissent par des lois ordinaires. C'est le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Mali. Nonobstant tout cet encadrement, l'opposition a bien du mal à se positionner comme force de proposition et solution de rechange. Certains Etats manifestent leur frilosité ouvertement envers l'opposition.

¹ Cette inscription est retrouvée dans les Constitutions : Gabon (article 6), République centrafricaine (article 31), la Côte d'Ivoire (article 25), le Mali (article 28), le Cameroun (article 3), le Benin (article 5).

² Par exemple la loi du 13 août 1990 au Bénin, du 19 décembre 1990 au Cameroun, du 2 avril 1991 au Gabon ou encore du 5 avril 1991 au Mali, la loi du 24 juillet 2001 au Bénin, loi du 15 décembre 2000, au Cameroun et loi du 7 juillet 2000 au Mali.

³ *Stricto sensu*, instituer « un statut de l'opposition » revient alors à consigner dans un document, les droits et les sujétions, les moyens et les responsabilités devant permettre à l'opposition d'assumer sa fonction d'alerte, de critique et d'alternative à la majorité qui exerce le pouvoir d'État. *Largo sensu*, le statut englobe toutes les règles de régulation d'un corps ou d'une institution donnée. Ces règles sont de nature diverse. Elles peuvent être écrites ou non écrites. A lire dans El Hadj Mbodj, « Les garanties et éventuels statuts de l'opposition en Afrique », in Actes de la quatrième réunion préparatoire au symposium de Bamako sur la vie politique, article consultable : <http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/bamako.386.pdf>

⁴ Marie Epiphane Sohounou, « Le statut juridique de l'opposition politique dans les nouvelles démocraties africaines », *RBSJA*, n° 25, 2011, p.226 et sq.

⁵ Cf. titre V qui traite de l'opposition. V. aussi articles 58 et 59.

Secundo, la compétition pour le pouvoir semble quand même mieux assurée. Cela ne pouvait en être autrement car, le nouveau constitutionnalisme charrie des exigences de clarté et transparence dans la compétition politique. Le nouveau constitutionnalisme définit un ordre juridique démocratique qui consacre le principe d'élection comme mode de désignation exclusif des gouvernants, il n'est donc pas concevable qu'une élection soit organisée sans que ne soit garantie sa transparence¹ et sa neutralité². La réception locale de l'exigence de transparence électorale s'est accompagnée par une nette préférence marquée pour un nouveau mode de régulation des élections et s'est traduite dans la refonte du système administratif, surtout avec la création d'autorités administratives indépendantes. Celles-ci sont la manifestation de l'imagination africaine en matière d'ingénierie juridique³. La Cour constitutionnelle béninoise en parlant de la CENA (Commission électorale nationale autonome) la présente « *comme une autorité administrative, autonome et indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ; ... en tant qu'autorité administrative et indépendante, (elle) 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* »⁴. Lorsque cette catégorie d'institution ne possède pas la personnalité juridique, l'on parle d'Autorité Administrative Indépendante (AAI), par contre lorsqu'elle dispose de la personnalité juridique, on devrait parler d'Autorité Publique Indépendante⁵ (API).

¹ Kassera Afo Sabi, *La transparence élections en droit public africain, à partir des cas béninois, sénégalais et togolais*, Thèse précitée, p.26.

² Hilaire de Prince Pokam, « La neutralité électorale en Afrique : analyse des commissions électorales en Afrique subsaharienne », *revue juridique et politique*, 2006, n° 3, pp.336 et sq.

³ Claude Momo, « L'administration électorale en Afrique noire », *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques*, université de Dschang (Cameroun), tome 10, 2006, p.33.

⁴ Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994, *Président de la République*. Pour une présentation de la CENA, lire Ibrahim David Salami, Diane Melone Gandonou, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Cédât, Cotonou, 2014, p.276 et sq.

⁵ Lire dans ce sens, Cyrille Monembou, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif camerounais », *RBSJA*, n° 38, 2017, pp.223-263.

in situ, comme AAI, on cite la CENA du Benin, du Togo¹, comme API l'on cite ELECAM du Cameroun, la CENA sénégalaise², la CENI de la RDC³. La création des structures pareilles relève de la volonté de « désétatiser »⁴ la gestion des élections afin de consolider et de rendre transparente la compétition politique. Qui plus est, Il s'agit d'une exigence de la Charte Africaine des Elections et de la Gouvernance (CADEG) qui oblige chaque Etat à créer et renforcer les organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux, chargés de la gestion des élections⁵. Ces institutions sont plus qu'importantes dans l'environnement africain où les élections sont contestées à la fois par la voie violente et la voie juridictionnelle (pacifique).

De façon empirique, les efforts d'autonomisation sont louables, mais les pouvoirs publics redoutent une totale indépendance⁶ de ces structures d'où l'accentuation de leur encadrement⁷. C'est la raison pour laquelle certaines de leurs missions leur sont techniquement retirées comme au Mali et au Sénégal⁸.

2- La construction libérale réaffirmée du pouvoir

Les sociétés évoluées démocratiquement ont une organisation du pouvoir, inscrite ou non dans la Constitution. C'est donc elle qui organise l'idée du droit valable pour un Etat, c'est aussi elle qui permet de qualifier un Etat de « *pouvoir*

¹V. l'article 4 de la loi n°2012-002 du 29 Mai 2012 portant code électoral.

²Article L. premier du Code électoral sénégalais.

³ V. article 2 de la loi organique n° 10/013 du 28 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la CENI.

⁴Frédéric Joël Aïvo, « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *revue du conseil constitutionnel algérien*, n° 4, 2014, Les actes de la conférence d'Alger, p.369.

⁵ V. article 17 (1) de la CADEG.

⁶ El Hadj Mbodj, « Faut-il avoir peur de l'indépendance des institutions électorales en Afrique ? », *Afrilex*, mars 2009.

⁷ Devant les caméras de la télévision, le ministre de l'Intérieur sénégalais, organisateur du scrutin présidentiel de février 2019 a tenu des propos assez inappropriés. Aly Ngouille Ndiaye a en effet indiqué vouloir « *travailler pour que le président Macky Sall gagne au premier tour* ».

⁸ Dans ces Etats, les pouvoirs publics ont replacé tout ou partie de l'organisation des scrutins dans leur giron. Les organismes de gestion des Elections sont désormais réduits à un rôle d'observateur et de lanceur d'alerte. La Cote d'Ivoire, la Guinée et le Benin songent sérieusement à leur emboîter le pas.

clos »¹ ou de « *pouvoir ouvert* »². Justement, le nouveau constitutionnalisme a pour dessein de rapprocher les Etats d'Afrique noire francophone de la technique du « *pouvoir ouvert* ». Le raffermissement de la construction libérale du Pouvoir passe forcément par l'adhésion sans faille à la séparation des pouvoirs et à la construction continue de l'alternance. Relativement à la séparation des pouvoirs, les Etats africains y adhèrent explicitement ou implicitement. De façon explicite, des Etats marquent leur adhésion claire à ce credo de la démocratie libérale. Le Sénégal et la Côte d'Ivoire s'affirment positivement dans ce sens. Pour le premier Etat, l'Acte constituant du 22 janvier 2001 déclare l'attachement du peuple sénégalais à la « *séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques* ». Tandis que pour la Côte d'Ivoire, le préambule de la Loi constitutionnelle de 2016 énonce que « *proclamons notre attachement aux principes de la démocratie pluraliste...de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs* ». Implicitement, d'autres Etats montrent d'une certaine façon leur attachement à la théorie, en reconnaissant des titres distincts aux différents pouvoirs originellement dégagés par **Aristote le stagirite**. C'est ainsi qu'au Cameroun, les titres II, III, et V représentent l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Au Bénin, l'exécutif correspond au titre III, le législatif au titre IV et le judiciaire au titre VI. Dans leur ensemble, la séparation et l'équilibre des pouvoirs sont aujourd'hui considérés comme des principes fondamentaux de reconnaissance des régimes démocratiques et une condition essentielle, du moins en théorie, de

¹ C'est celui qui procède d'une volonté populaire dont la substance est définitivement fixée. Dans son fondement, il se présente comme le Pouvoir correspondant à une société homogène. Homogénéité qui, non seulement rend inutile, mais condamne le pluralisme des conceptions de l'ordre désirable. Lire dans ce sens, Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 20^e édition, LGDJ, Paris, 1984, p.226

² C'est la formule à laquelle sont attachées les démocraties occidentales. La démocratie de Pouvoir ouvert est celle où la volonté populaire qui dicte ses impératifs aux gouvernements est acceptée dans sa diversité réelle. Avec le Pouvoir ouvert, la partie n'est jamais jouée parce que les dés ne cessent jamais de rouler. Cette démocratie pluraliste suppose une pluralité de partis. Les partis vaincus ne sont pas éliminés de l'Etat ; ils y occupent une place en quelque sorte officielle : ils forment l'opposition. Lire utilement, Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p.225.

l'existence d'une constitution effective¹. Il est tout de même important de savoir que dans les régimes politiques contemporains strictement marqués par la logique partisane, l'équilibre est rarement réalisé entre l'exécutif et le législatif. C'est encore plus ostensible dans les systèmes politiques africains où les constitutions ont réparti le pouvoir de telle sorte que le déséquilibre en faveur de l'exécutif est souvent manifeste dans la norme constitutionnelle elle-même². Ce qui est même plus grave, c'est que l'on assiste à une situation appelée « *alignement des pouvoirs* » qui désigne une situation dans laquelle les organes des différentes fonctions de l'État existent formellement, mais s'inscrivent politiquement dans la même mouvance partisane³. Concrètement, il n'y a pas à proprement parler de confusion des pouvoirs puisque les trois pouvoirs existent séparément dans l'architecture institutionnelle de l'État, mais leur volonté individuelle est intrinsèquement dominée et déterminée par la même obédience politique. Cette situation est vécue au Cameroun, au Gabon, au Togo et au Burkina Faso.

L'alternance fait aussi partie de ces indicateurs qui permettent d'attester de l'affermissement de la démocratie pluraliste en Afrique, dans la mesure où « *elle incarne la succession au pouvoir : le remplacement d'une majorité politique par une autre suite à l'expression d'un scrutin électoral* »⁴. La construction de l'alternance se justifie parce que l'histoire politico-constitutionnelle des États africains a longtemps été dominée par des pratiques dictatoriales sur fond de personnalisation excessive du pouvoir, érigeant le Chef de l'État en détenteur absolu et quasi-éternel du pouvoir politique⁵. Une solution proposée pour le raffermissement de la démocratie pluraliste dans le cadre de ce nouveau

¹Gilbert Bondongo, « Réflexions sur l'équilibre des pouvoirs en Afrique noire francophone : cas du Bénin et du Congo », *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, 2014, 15 (3), p.43.

² Abdoulaye Soma, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *RDP*, n° 4, 2014, p.1027.

³*Ibid*, p.1023.

⁴ Mathieu Touzeil-Divina, *Dictionnaire de droit public interne*, Lexinexis, Paris, 2017, p.38.

⁵Kpedu Yawovi, « La problématique de l'alternance au pouvoir dans le débat constitutionnel africain », *RTSJ*, janvier/juin 2011, n° 0000, p.70.

constitutionnalisme est opportunément l'inscription du « *second mandat* »¹ dans les textes fondamentaux. Le principe de la limitation du nombre de mandats présidentiels est consécutif au renouveau démocratique sur le continent. Certains régimes africains se nourrissent de la peur des populations et finissent par créer un climat d'instabilités (rebellions, oppositions armées, etc.) dans le pays du fait des frustrations politiques accumulées (élections truquées, libertés confisquées, répressions policières, etc.) et de la mal gouvernance économique (dilapidation des ressources de l'État, clientélisme, corruption, etc.). Ces raisons ont d'ailleurs été clairement exprimées dans l'exposé des motifs² qui précède le texte constitutionnel de la RDC adopté par référendum le 19 décembre 2005. Afin de se prémunir des modifications fantaisistes et opportunistes du texte constitutionnel sur la limitation du nombre de mandats présidentiels, certains États africains³ ont verrouillé cette disposition. Il en est ainsi par exemple au Niger où l'article 47 de la constitution du 25 novembre 2010 dispose : « *Le président de la République est élu au suffrage universel, libre, direct, égal et secret pour un mandat de cinq (5) ans, renouvelable une (1) seule fois. En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux (2) mandats ²présidentiels ou proroger le mandat pour quelque motif que ce soit* ». Pour barricader davantage ces dispositions, l'article 175 de cet acte constituant, rajoute que les dispositions relatives à la limitation

¹Jean Innocent Senou, « Le nouvel avatar démocratique en Afrique : l'obsession du second mandat », *RFDC*, 2016/3, n° 107, pp.633-652. Augustin Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, n°03, 2003, pp. 139-174.

² S'agissant de l'organisation et de l'exercice du pouvoir, l'exposé des motifs souligne que sept (7) préoccupations majeures ont présidé à l'organisation des Institutions : assurer le fonctionnement harmonieux des Institutions de l'État ; éviter les conflits ; instaurer un État de droit ; contrer toute tentative de dérive dictatoriale ; garantir la bonne gouvernance ; lutter contre l'impunité ; assurer l'alternance démocratique.

³ La Constitution ivoirienne de 2016 reconnaît : « *le Président de la République est élu au suffrage universel direct. Il n'est rééligible une seule fois* ». La Constitution malienne de 1992 en son article 30 précise que : « *Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct et au scrutin majoritaire à deux tours. Il n'est rééligible qu'une seule fois* ». La Constitution centrafricaine de 2016 en son article 35 postule quant à elle que : « *la durée du mandat présidentiel est de cinq (5) ans. Le mandat est renouvelable une seule fois* ». L'ex Dahomey, en prenant appui dans l'article 42 de son inamovible Constitution ne s'inscrit pas à la marge de cette mode car « *Le président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois. En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels* ».

du nombre de mandats présidentiels « *ne peuvent faire l'objet d'aucune révision* ». En outre, aucune procédure de révision de cet article-verrou « n'est recevable ». C'est assurément dans cette logique que le Président nigérien Mahamadou Issoufou a annoncé publiquement sa volonté de ne pas s'accrocher au pouvoir en triturant la Constitution pour un éventuel troisième mandat¹. En République démocratique du Congo, le verrou unique « du second mandat » est prévu par l'article 220 (1) de la Constitution. Mais du fait de son appétit démesuré du pouvoir, Joseph Kabila devenu Président illégal depuis décembre 2016, se maintient à la tête de l'Etat.

Dans cette même optique de consolidation de la démocratie pluraliste, des textes à vocation régionale et sous régionale ont été édictés, pas pour limiter le nombre de mandats présidentiels, mais davantage pour promouvoir l'ordre constitutionnel et partant, l'alternance prônée par les Constitutions. Ainsi, sur l'échiquier régional, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée en 2007 assimile « *tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique*² » en un changement anticonstitutionnel de gouvernement passible de sanctions de la part de l'Union africaine³. Au plan sous-régional, le protocole additionnel de la CEDEAO sur la Démocratie et la bonne gouvernance de 2001 encore appelé « *Constitution CEDEAO* »⁴, dispose en son article 1.c que « *tout changement anticonstitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession ou de maintien au pouvoir* ». Quant

¹ Ce même son de cloche est aussi entendu au Burundi où le Président N'kurunziza estime que deux mandats confiés par le peuple suffisent (le premier ne lui avait pas été confié par le Souverain). Rappelons qu'il a fait sauter le verrou du « second mandat » par referendum constituant le 17 mai 2018.

² V. Article 23.5.

³ V. les sanctions prises par l'UA contre le Togo le 25 février 2005 conformément à la Déclaration sur les changements anticonstitutionnels adopté le 12 juillet 2000 par le trente-sixième sommet des Chefs d'Etats et de gouvernement tenu justement à Lomé.

⁴ Placide Moudoudou, *La Constitution en Afrique. Morceaux choisis, op. cit.*, p.48. Lire aussi Stéphane Bolle, « La Constitution CEDEAO », 26 juillet 2009, [92](http://la-constitution-en-afrique.org/article,Sanwé Médard Kiéno, « L'incidence du droit régional africain sur le droit constitutionnel des États francophones d'Afrique de l'ouest », RFDC, 2017/2, n° 110, p.413-436.</p></div><div data-bbox=)

à son article 2.1, il dispose qu'« aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six (6) mois précédant les élections, sans le consentement d'une large majorité des acteurs politiques ». La « Constitution CEDEAO » préconise l'interdiction de la manipulation abusive de la loi électorale¹, le respect des échéances, l'indépendance de l'organe en charge des élections, la participation de tous les acteurs à l'établissement du fichier électoral, la transparence du processus électoral, l'institution du contentieux électoral². Mais dans la pratique, il faut relever que la Constitution CEDEAO n'a pas vocation à régir un ensemble régional (elle n'est pas la Constitution de la CEDEAO), elle cristallise, elle sanctuarise, le « mieux-disant »³ commun des constitutions et/ou législations nationales et énonce des principes nouveaux pour prévenir les embardées du Constituant, du pouvoir de révision souverain et du législateur, avec, pour le moment, peu de résultats probants.

Au fil du temps, d'autres orientations qualifiées de secondaires émergent car venant après celles dites primaires.

II- L'irruption des orientations secondaires

Les tendances additionnelles du constitutionnalisme renouvelé ne sont aucunement des tendances moins importantes que celles dites initiales. Le critère de distinction entre les deux catégories de tendances est relatif à la chronologie, car les premières viennent avant les autres. Les tendances additionnelles découlent justement des premières, d'autant plus qu'elles promeuvent une approche *particulariste* de cette vague du constitutionnalisme africain. L'existence, voire l'irruption des tendances additionnelles accrédite la

¹ Le président Joseph Kabila en RDC a voulu manipuler la loi électorale en janvier 2015, mais a buté sur la désapprobation populaire qui a réussi à faire retirer son projet par la majorité au pouvoir.

²Articles 2 à 10.

³Stéphane Bolle, « La Constitution CEDEAO », 26 juillet 2009, <http://la-constitution-en-afrique.org/article> cité par Sanwé Médard Kienou, « L'incidence du droit régional africain sur le droit constitutionnel des États francophones d'Afrique de l'ouest », *op. cit.*, p.428.

thèse de l'existence d'une ingénierie constitutionnelle¹ fructueuse, et de la prise en compte des « *données contextuelles* »² dans les Actes constitutifs des Etats d'Afrique. Tout cela tend à minorer un tant soit peu le « *constitutionnalisme global* »³ qui s'appréhende comme ce mouvement de diffusion du droit constitutionnel et de ses valeurs⁴, et à majorer le processus d'endogenisation des standards constitutionnels dans les Etats africains⁵. Tout cela traduit et trahit visiblement « *la recherche de modes de gouvernance adaptés à l'Afrique, spécifiques à la nature de ce continent et correspondant aux attentes des populations* ».⁶

Dans cette mouvance du constitutionnalisme africain assez récente, des inclinations émergentes font désormais corps avec l'apparition des orientations promotrices (**A**) et l'éclosion d'autres orientations dites protectrices (**B**).

A- L'apparition des orientations promotrices

Le constitutionnalisme renouvelé charrie certaines implications comme par exemple l'émergence de nouvelles tendances qui visent à promouvoir certaines valeurs singulières et typiques aux Etats africains. Ainsi, l'on perçoit un double mouvement promoteur qui met en avant des singularités des Etats africains, tant sur le multiculturalisme (**1**) que sur les structures traditionnelles (**2**).

1- La promotion du multiculturalisme

¹ Séverin Andzoka Atsimou, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique*, Thèse de droit public, UCAD, juin 2013, 712p.

² Fabrice Hourquebie, « La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnel », in *Transitions constitutionnelles et constitutions « transitionnelles » : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?* Colloque organisé par l'Institut Louis Favoreu Groupe d'Etudes et de Recherches comparées sur la Justice Constitutionnelle CNRS UMR 7318, du 29 juin 2012.

³ Anne Peters, « Le constitutionnalisme global : crise ou consolidation ? », *jus Politicum*, n°19, janvier 2018, p.60.

⁴ Stéphane Pinon, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *RFDC*, 2016/4, n° 108, p.927.

⁵ Frédéric Joël Aïvo, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit.*, p.34.

⁶ André Cabanis, Babacar Gueye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », *Droit sénégalais*, n° 11-2013, Dire le droit en Afrique francophone, p.109.

Le multiculturalisme qui est de mise dans beaucoup d'Etats dans le monde aujourd'hui est souvent perçu comme une invention « *anglo-saxonne marquée par une vision communaliste et différentialiste* » étrangère à la tradition républicaine¹ et partant, aux théories de la République². Ce multiculturalisme suppose « la coexistence de plusieurs cultures dans un pays »³ au point où on évoque souvent le concept de société « macédoine »⁴. Le multiculturalisme soutient la « *politique de la différence* »⁵ et tord le cou à cette vision homogénéisante de l'humanité -*au cœur de l'idée républicaine*- qui a le défaut de négliger les aspirations identitaires et culturelles des groupes sociaux. L'on constate ainsi dans nombre d'Etats africains le passage d'une société monoculturelle à une société multiculturelle caractérisée par l'éclatement du modèle stato-national et l'affirmation d'une fragmentation culturelle et identitaire.

L'Acte constituant centrafricain prend en compte le pluralisme *démotique*⁶ en reconnaissant et en protégeant les droits catégoriels en ces termes : « *l'Etat assure la protection renforcée des droits des minorités, des peuples autochtones*⁷... ». Cette élévation des minorités et des peuples autochtones qui repose en partie sur « *l'internationalisation des constitutions* »⁸ africaines, amène à penser que le Centrafrique est à la recherche d'un droit public authentique, adapté à ses réalités⁹. La prise en compte des catégories sociales est un cinglant

¹ Milena Doytcheva, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2005, p.6.

² Serge Audier, *Les théories de la République*, Repères n°399, nouvelle édition, Paris, La Découverte, 2015, 128p.

³ Fred Constant, *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, p.7.

⁴ *Ibid.*, p.7.

⁵ Iris Marion Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, cité par Serge Audier, *Les théories de la République*, *op. cit.*, p.92.

⁶ Claire Cuvelier, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, Thèse de droit public, Université de Lille II, décembre 2014, 682p. Alain Ondoua, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 2012/2 n° 242, p.92.

⁷ V. article 6 C.

⁸ Lire Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, pp.215-236.

⁹ Alain Didier Olinga, « La protection des minorités et des populations autochtones en droit public camerounais », *RADIC*, vol. 10, 1998, p.271.

revers au mimétisme¹ souvent postulé et à l'exclusion, mais aussi un moyen réaliste de promotion de l'intégration et l'unité nationales². La reconnaissance est ainsi dictée par la complexité ethnique des Etats africains et les incessants relents identitaires. Le Cameroun, dans son Acte constituant du 18 janvier 1996 ne s'éloigne pas du Centrafrique car il est clairement énoncé que : « *l'Etat assure la protection des minorités et préserve les droits des populations autochtones conformément à la loi* ». Dans l'optique de *concrétisation du droit*, le Chef de l'Etat camerounais a créé par décret N° 2017/013 du 23 janvier 2017 une Autorité Publique Indépendante appelée Commission Nationale pour la Promotion du Bilinguisme et du Multiculturalisme³ (CNPBM). Concernant la Constitution congolaise de 2015, elle accentue la reconnaissance et la protection des droits des autochtones⁴. S'agissant de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, elle met à la charge de l'Etat « *le devoir d'assurer et de promouvoir la coexistence pacifique et harmonieuse de tous les groupes ethniques*⁵ », « *la protection et la promotion des groupes vulnérables et de toutes les minorités*⁶ ». Ce sont là autant d'impératifs constitutionnels d'une importance capitale qui méritent d'être scrupuleusement respectés par les Etats africains qui aspirent à réaliser l'unité nationale dans la diversité ethnique, culturelle et religieuse. Les droits des Etats africains attribuent à ces catégories des « droits-participation »⁷. De façon concrète et opérationnelle, le droit camerounais protège les minorités par la prise

¹ Frédéric Joël Aïvo, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhango-Glélé*, op. cit., pp.33-46.

² DembaSy, « De quelques dispositions constitutionnelles atypiques dans les Constitutions africaines », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhango-Glélé*, op. cit., p.278.

³ Selon l'article 3 de ce décret, « la Commission est chargée d'œuvrer à la promotion du bilinguisme, du multiculturalisme au Cameroun, dans l'optique de maintenir la paix, de consolider l'unité nationale du pays et de renforcer la volonté et la pratique quotidienne du vivre ensemble de ses populations ».

⁴ Article 15 C. de 2015, « La loi garantit et assure la promotion et la protection des droits des peuples autochtones ».

⁵ Article 51.

⁶ Article 51.1.

⁷ Ce sont des droits qui permettent aux citoyens de s'impliquer dans le fonctionnement du jeu politique *largo sensu*. Cette faculté s'accomplit principalement dans l'exercice du droit de suffrage qui est *janus* : le droit de suffrage actif (droit de vote) et droit de suffrage passif (droit d'être élu ou éligibilité).

en compte d'une exigence¹. Celle-ci apparait pour la première fois dans le droit électoral camerounais en 1991. C'est la loi n°91/020 du 16 décembre 1991 fixant les conditions d'élection des députés à l'Assemblée Nationale qui donne le ton en précisant que : « *La constitution de chaque liste doit tenir compte des différentes composantes sociologiques de la circonscription concernée* ». Aujourd'hui, la loi n° 2012/001 du 19 avril 2012 portant Code Electoral est aussi protectrice des composantes sociologiques. C'est ainsi qu'aux scrutins plurinominaux des députés², des sénateurs³ et des conseillers municipaux⁴, chaque liste doit tenir compte des différentes composantes sociologiques de la circonscription concernée. L'exigence de prise en compte des composantes sociologiques dans la circonscription voudrait que même les minorités soient représentées dans les listes électorales et puisse participer politiquement autant que la majorité. Le juge camerounais s'évertue de protéger les minorités dans ce cadre⁵. Relativement à la protection concrète de l'autochtone, il faut préciser d'emblée que celui-ci est « *un citoyen ethnique de l'ethnie locale* »⁶. Les textes camerounais lui reconnaissent d'une part des droits représentatifs et managériaux et d'autre part des droits fonciers. Les autochtones ont le droit

¹ Alain Didier Olinga, « L'exigence de la prise en compte des "composantes sociologiques de la circonscription" en droit électoral camerounais », *Juridis périodique*, n°28, octobre-novembre-décembre 1996, pp.67-72.

²V. article 151 (3) du Code électoral camerounais

³V. article 218 (3) du Code électoral.

⁴V. article 171 (3) du Code électoral.

⁵ Le juge camerounais a déjà eu à protéger les minorités médiatement en sanctionnant la non-prise en compte de l'exigence. C'est justement le cas dans l'Affaire Suprem Court of Cameroon, Administrative Bench, jugement n°026/06-07/CE of 12 june 2007. A l'époque de l'« administration électorale », le préfet du Moungo a rejeté la liste des candidats du SDF aux élections municipales de la commune urbaine de Nkongsamba le 28 mai 2002 pour non-respect de l'exigence. Lire dans ce sens, James Mouangue Kobil, « Droit de la participation politique des minorités et des autochtones. L'application de l'exigence constitutionnelle de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription dans la constitution des listes de candidats aux élections au Cameroun », *RFDC*, n°75, 2008, p.640 et sq. Concernant les élections législatives de 2013, le parti de Garga Haman Adji, l'ADD, a saisi le Conseil constitutionnel pour rejet de ses listes électorales dans la Vina, le Diamaré-Centre, le Diamaré-Sud, le Faro et Deo par ELECAM pour non prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription.

⁶ Hubert Mono Ndjana, « Anti plaidoyer pour les ethnies », actes du colloque-débat sur "La démocratie à l'épreuve du tribalisme", fondation Friedrich-Ebert, Gerddes Cameroun, l'Afrique autrement, éd., terroirs, janvier 1997, p.102.

d'être représentés au sein du conseil régional qui est l'organe délibérant de la collectivité territoriale faitière du fait de l'exigence de représentation de toutes les composantes sociologiques de la région. La région s'illustre ainsi comme « *le cadre presque unique de promotion de l'idée d'autochtonie* »¹ car le conseil régional est présidé par une personnalité autochtone de la région élue en son sein pour la durée du mandat du conseil². Même, les communautés urbaines, c'est-à-dire les « communes composées » sont managées par des autochtones sans que cela ne soit inscrit dans un texte. Les autochtones ont aussi des droits fonciers³ car c'est « la terre qui permet de distinguer les "autochtones", les "allogènes" et les "allochtones" qui, du point de vue de l'organisation coutumière de l'espace, n'ont pas les mêmes pouvoirs ».⁴

C'est justement pour cela que les Etats africains construisent des mécanismes comme celui du « dosage ethnique » évoqué par le Professeur Koffi Ahadzi ⁵. Au Cameroun, cette technique s'appelle « politique de l'équilibre régional », elle vise à « *assurer une répartition plus ou moins équilibrée du produit étatique entre les différentes régions et les groupes humains du pays* »⁶. C'est par le truchement de l'article 55 alinéa 4 de la Constitution que l'on peut inférer un fondement constitutionnel de l'équilibre régional en ces termes bien précis : « *l'Etat veille au*

¹ Alain Didier Olinga, *La constitution de la République du Cameroun*, 2^{ème} éd., PUCAC, Yaoundé, 2013, p.219.

²V. article 57 (3) de la constitution du 18 janvier 1996.

³Conf. Affaire Aliko Dangoté et communauté Sawa à propos de l'implantation de la cimenterie à douala.

⁴ Lire utilement, Blaise Antoine Mbem Lissouck, *Les étrangers et la terre en droit foncier camerounais*, Thèse de droit privé, Université de Yaoundé II, 2015, p.85. Lire la thèse de Leopold Donfack Sokeng, *Le droit des minorités et des peuples autochtones au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Nantes, 2001, 490p.

⁵ Ce mécanisme se présente « *...comme une technique de répartition ou de distribution des postes les plus importants de responsabilité politique, administrative, militaire ou autres en tenant compte du poids démographique, économique, politique de chaque groupe ethnique ou tribal dans une société pluriethnique par une forte prégnance des appartenances tribales* ». Lire dans ce sens, Koffi Ahadzi-Nonou, « Réflexions sur un tabou du constitutionnalisme négro-africain : le tribalisme », in *Les voyages du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Breillat*, Faculté de droit et sciences sociales, Université de Poitiers, L.G.D.J., Paris, p.20.

⁶ Roger Gabriel Nlep, « Administration publique et sociétés plurales en Afrique : le cas du Cameroun », art.cit., p.159., cité par Léopold Donfack Sokeng, *Le droit des minorités et des peuples autochtones au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, Nantes, 2001, p.75.

développement harmonieux de toutes les collectivités territoriales décentralisées sur la base de la solidarité nationale, des potentialités régionales et de l'équilibre inter-régional ». De façon pragmatique, des quotas sont appliqués pour l'entrée dans la fonction publique et dans les grandes écoles¹. Le gouvernement n'échappe pas à la mise en œuvre de l'équilibre régional dans le partage du « gâteau national ». L'équilibre régional pratiqué dans le gouvernement est d'ordre macro-culturel, c'est-à-dire respect de la dualité Nord-Sud et anglophone-francophone, et d'autre part micro-culturel c'est-à-dire qu'il a trait aux équilibres ethniques ou régionaux². Le président Omar Bongo Ondimba (dont le règne débuta en décembre 1967 et prit fin en 2009) avait mis en place un système similaire au « dosage ethnique » qui permettait à toutes les ethnies et provinces du Gabon d'être représentées dans l'appareil d'État concentré à Libreville, la capitale du pays. Le principe s'applique aux ministères, aux grandes institutions (Sénat, Assemblée nationale), aux grandes entreprises paraétatiques, etc. Il appela ce système la « géopolitique » qui est aujourd'hui perpétué par Ali Bongo. Même les partis politiques ne sont pas en reste. *in fine*, c'est un nouveau « remède » apporté par les Etats africains pour respecter les droits de toutes les minorités en matière de gestion des affaires publiques³. La Constitution centrafricaine du 30 mars promeut également *les diversités* dans leur ensemble. Elles sont sociologique, culturelle, religieuse, ethnique. Cette norme procède à une « *prise en compte réaliste de la réalité ethnique* »⁴ par le fait que, *le Peuple centrafricain est fier de son unité nationale, linguistique, et de sa*

¹ Le décret n° 2000/696/PM donne attribution au premier ministre de fixer les quotas de places réservées lors des concours administratifs aux candidats de chaque province (région). En général, dans l'accès à la fonction publique camerounaise, les quotas suivants sont appliqués : centre : 15% ; sud : 4% ; Adamaoua : 5% ; Extrême-Nord : 18% ; Nord : 7% ; Est : 4% ; Littoral : 12% ; Nord-Ouest : 12% ; Ouest : 13% ; Sud-ouest : 8%.

² Pour une vue partielle de l'équilibre régional dans le recrutement gouvernemental de Monsieur BIYA, lire Mathias Eric Owona Nguini, *Les remaniements ministériels au Cameroun (1982-1991). Une dimension de la régulation politique*, Université de Bordeaux I, IEP/CEAN, Mémoire de DEA d'Etudes Africaines, 1991, 210p.

³ Oumarou Narey, « Le droit des minorités en Afrique : jeux et enjeux », *Afrilex*, avril 2013, p.21.

⁴ François Borella, « L'Etat en Afrique : crise des modèles et retour aux réalités », *Mélanges René Gendarme*, 1996, cité par Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p.310.

*diversité ethnique, culturelle et religieuse*¹. C'est justement dans cet ordre d'idée que « *les forces de défenses sont... multiethniques* »², tout comme les partis politiques doivent respecter les principes de représentation des régions prévus par la loi. Cette approche se situe en droite ligne des exigences de l'article 8-3 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, aux termes desquelles « *les États parties respectent la diversité ethnique, culturelle et religieuse, qui contribue au renforcement de la démocratie et de la participation des citoyens* ».

Le multiculturalisme fait corps avec les structures traditionnelles.

2- La promotion des structures traditionnelles

L'Etat africain en général est un véritable « *bouillon de culture* »³, autrement dit, il répond au modèle de l'Etat-espace qui renvoie à « une organisation de la société fondée sur le pluralisme »⁴. L'Etat africain d'aujourd'hui fait une jonction entre le pouvoir de type européen et le pouvoir traditionnel découlant des ethnies-nations⁵. Le premier revendique en principe la légitimité démocratique et républicaine ou légal-rationnelle dont l'idéal est d'être conforme au principe de souveraineté nationale. Le second pouvoir, d'essence africaine est l'expression de la vivacité des ethnies nations reposant sur les coutumes et les traditions séculaires. C'est fort de ce second pouvoir que les dirigeants africains affichent leur volonté de tenter de réaliser une synthèse entre les représentants des forces dites modernes et des forces traditionnelles⁶.

¹ Paragraphe 1 du préambule.

² V. article 27 C.

³ Athanase Bopda, « Genèse, mutation et problèmes urbains de la chefferie "traditionnelle" à Yaoundé (Cameroun) », in Sylvie Jaglin, Alain Dubresson (eds.), *Pouvoirs et cités d'Afrique noire : décentralisation en question*, Paris, Karthala, 1993, p.248.

⁴ Tshiyembe Mwayila, « De l'Etat post-colonial à l'Etat-espace. Contribution à la théorie générale de l'Etat », *Afrique 2000*, 5, mai 1991, p.115.

⁵ *Ibid.*, p.116.

⁶ De ce point de vue, la position du juge constitutionnel Sud-africain devrait être copiée en Afrique noire francophone ; Voir sa Décision du 15 octobre 2004, *Bhe and Others Vs The Magistrate, Khayelitsha and Others*, où il opère un dépassement de la dichotomie tradition-modernité,

Pourtant au sortir de la colonisation, aucun pays de l'Afrique noire francophone ne mentionne la chefferie dans sa constitution. Mais, comme par un extraordinaire retournement de situation, la chefferie va connaître un retour en grâce, notamment à partir des années 1990. Ce retour est favorisé par une batterie de facteurs. D'abord, il y a le changement des mentalités, aussi bien au sein de l'ordre gouvernant qu'au niveau des populations. Ensuite, il y a eu une sorte de prise de conscience généralisée du rôle capital que pourrait jouer la chefferie, notamment dans la résolution des crises et conflits sociopolitiques. Enfin, il faut noter que la chefferie elle-même a mené un intense lobbying dans bon nombre de pays visant à son intégration dans le jeu institutionnel de l'Etat moderne, notamment à la faveur du vent de la démocratisation qui soufflait alors sur le continent. Cette résurgence de la chefferie va entraîner sa prise en compte progressive dans les nouvelles constitutions, lois organiques, juridiction supranationale¹ et nationale².

in situ, la République centrafricaine reconnaît et protège les valeurs traditionnelles conformes à la loi et les autorités traditionnelles³, preuve que, le « patrimoine national »⁴ est pris en compte.

République-chefferie traditionnelle. Lire L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, op. cit.*, p.172.

¹ En 2018, une affaire de succession de chef traditionnel a été portée pour la première fois devant la Cour de justice de la CEDEAO ; ce qui montre tout l'enjeu désormais acquis par le phénomène. Il s'agit du différend qui oppose les chefs des villages du lignage Sarkin Arewa du canton de Tibiri au Niger à l'Etat nigérien. Après avoir vu leurs candidatures à l'élection du chef du canton écartées par le Ministre de l'intérieur et suite à un recours infructueux devant le Conseil d'Etat, les chefs des villages du lignage Sarkin Arewa, saisissent, le 16 janvier 2018, la Cour de justice de la CEDEAO, pour violation de leurs droits fondamentaux. V. « Contentieux de la chefferie du canton de Tibiri : les candidats Sarkin Arewa saisissent officiellement la Cour de justice de la CEDEAO », aNiamey.com (<http://news.aniamey.com/h/83472.html>)

² Cour constitutionnelle du Bénin, Oba Adétutu, Chef Traditionnel de Savè c. Maire de la Commune de Savè, Décision DCC 07-134, 18 octobre 2007. *in situ*, le sieur Oba Adétutu, Chef Traditionnel de Savè, porte « plainte contre le Maire de la Commune de Savè pour immixtion dans les affaires de la Chefferie Traditionnelle Shabè ».

³ V. article 24 C.

⁴ Paterne Yapi Mambo, « La protection juridique du patrimoine culturel en Afrique de l'Ouest : réalités et perspectives », *Revue ivoirienne de droit*, n°42, 2011, p. 82-126.

La constitution du 18 janvier 1996 qui proclame que la « République reconnaît et protège les valeurs traditionnelles »¹ est novatrice dans la mesure où jadis « [...] les constitutions du Cameroun étaient en conséquence en rupture avec les valeurs traditionnelles du terroir »². Cette « revanche » de la tradition, « socle de la coutume »³, sur l'Etat moderne républicain charrie la fonctionnarisation des chefs. On parle de fonctionnarisation dans la mesure où ces chefs sont quasiment désignés par l'autorité administrative, au regard de la nature de leurs attributions, par leur régime salarial⁴ et disciplinaire, et enfin par la cessation de leurs fonctions. La Côte d'Ivoire est allée un peu plus loin car elle a non seulement constitutionnalisé la chefferie traditionnelle, mais elle a institué une « Chambre des Rois et des Chefs traditionnels »⁵ un peu à l'image du Conseil des chefs traditionnels en Afrique du Sud, qui est une institution qui regroupe tous les Rois et Chefs traditionnels de Côte d'Ivoire. Elle⁶ est chargée notamment : de la valorisation des us et coutumes ; de la promotion des idéaux de paix, de développement et de cohésion sociale ; du règlement non juridictionnel des conflits dans les villages et entre les communautés. La Chambre dispose même d'un rôle consultatif. Cette fonction représente donc un pas qualitatif pour la chefferie et rend mieux compte de l'évolution des mentalités à son égard. Il parachève sa restauration et son positionnement parmi les institutions de l'Etat.

¹V. article 1 (2) de la constitution.

²Celestin Sietchoua Djuitchoko, « Le petit ménage de la coutume dans le droit public des chefferies traditionnelles au Cameroun », *AFSJP/UDs*, tome 1, vol. 2, 1997, p.27.

³Celestin Sietchoua Djuitchoko, « Du nouveau pour la coutume en droit positif camerounais : la constitutionnalisation de la coutume et ses conséquences », *Revue juridique Thémis*, vol.34, 2000, n°131, p.137.

⁴ Le décret n°2013/332 du 13 septembre 2013 qui modifie et complète certaines dispositions du décret du 15 juillet 1977, prescrit que les chefs traditionnels perçoivent mensuellement des allocations dont les montants sont fixés ainsi qu'il suit :

- chef de 1^{er} degré : 200.000FCFA
- Chef de 2^{ème} degré : 100.000FCFA
- chef de 3^e degré : 50.000fcfa

⁵Article 175 C. du 8 novembre 2016.

⁶Plus concrètement, il y a le décret portant organisation et fonctionnement de la CNRCT, adopté en 2015 mais surtout, la construction dans la même année à Yamoussoukro, la capitale politique ivoirienne, d'un imposant bâtiment servant de siège à la CNRCT. A ce jour, la Chambre est opérationnelle et se réunit régulièrement. Elle dispose même d'un site Internet.

Désormais, celle-ci pourra ainsi se prononcer officiellement sur toutes les questions d'intérêt national, qu'elles soient politiques ou sociétales¹. Au Niger, la constitutionnalisation de la chefferie intervient au travers la constitution du 18 juin 1999. La constitution du 4 août 2009 (VI^e République) reviendra sur cette constitutionnalisation mais elle sera restaurée, quoique sur de nouvelles bases, par la constitution de la VII^e République, du 25 novembre 2011 dans son article 167. Dans la Constitution tchadienne, les autorités traditionnelles et coutumières sont les garants des us et coutumes. Ils concourent à l'encadrement des populations et appuient l'action des collectivités territoriales décentralisées. Assez implicitement, la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 reconnaît que « l'Etat a le devoir de sauvegarder et de promouvoir les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles, ainsi que les traditions culturelles »². Beaucoup plus explicitement, le constituant togolais a prévu que l'Etat togolais reconnaît la chefferie traditionnelle, gardienne des us et coutumes.

Toutefois, il faut signaler qu'une telle prise en compte ne manque pas d'avoir des conséquences sur le fonctionnement des institutions³ républicaines. On peut logiquement se demander si on est encore en République, parce que cette dernière s'est toujours présentée comme l'Etat moderne légal-rationnel. L'un des problèmes posés par la gouvernance traditionnelle est qu'elle ébranle les engagements pris afin de réaliser un système de gouvernance démocratique qui soit responsable et efficace. Principalement, les origines mêmes du pouvoir traditionnel relèvent d'un système où les chefs ne sont pas élus et difficilement responsables devant leur peuple⁴. Alliés du pouvoir central et « auxiliaires de l'administration », les chefs traditionnels deviennent souvent plus puissants et

¹Illy Oussen, « La chefferie traditionnelle dans les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone », *revue burkinabè de droit*, n° 53, 2017, p.186.

² Article 10.

³ Demba Sy, « De quelques dispositions constitutionnelles atypiques dans les Constitutions africaines », in Frédéric Joël Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit.*, p.281.

⁴Les chefs supérieurs du Nord-Cameroun (lamibés) détiennent souvent le droit de vie et de mort sur leurs « sujets ».

plus incontrôlables que les autorités légales-rationnelles¹. Dès lors, il semble difficile d'envisager que ces institutions traditionnelles puissent continuer d'exister au sein d'un régime démocratique fondé sur des principes opposés. A côté des orientations promotrices, il existe celles qui protègent de façon atypique.

B- L'éclosion des orientations protectrices

Les orientations du constitutionnalisme en Afrique ne sont pas seulement promotrices, elles sont aussi protectrices. Dans ce cadre, celles-ci permettent de mieux protéger la *res publica* (1), l'ordre constitutionnel (2) et l'institution familiale et le mariage (3).

1- La protection particulière de la *res publica*

La *res publica* relève des choses qui n'appartiennent pas aux individus, mais à la collectivité². Elle s'assimile au bien public, elle n'est pas une *res nullius* c'est-à-dire la chose de personne, bien en déshérence et sans maître. C'est dans cette veine que dans certains pays d'Afrique noire francophone, des dispositions constitutionnelles permettent de protéger la chose publique par la technique de la déclaration des biens qui recouvre l'exigence de déontologie publique. Cette procédure est prévue textuellement par la Constitution.

La Constitution camerounaise prévoit la déclaration des biens et avoirs en ces termes : « Le Président de la République, Le Premier Ministre, les membres du Gouvernement et assimilés, Le Président et les membres du bureau de

¹ Les fonctionnaires nouvellement affectés dans les *territoires* des chefs traditionnels du Nord et de l'Ouest-Cameroun sont contraints d'aller leur faire allégeance à leur arrivée. D'ailleurs certains chefs supérieurs du Nord-Cameroun (comme le lamido de Rey-Bouba, par ailleurs premier vice-président du sénat) créent et perçoivent illégalement certains impôts et taxes sous le regard complaisant des autorités étatiques. Lire utilement Luc Sindjoun, *L'Etat ailleurs. Entre noyau dur et case vide*, Paris, Economica, 2002, p.77 et sq.

² Maurice Kamto, « La "chose publique" », *RASJ*, vol. 2, n° 1, p.9.

l'assemblée Nationale, Le Président et les membres du bureau du Sénat, les députés, les sénateurs, tout détenteurs d'un mandat électif, les Secrétaires Généraux des Ministères et assimilés, les Directeurs des administrations centrales, les Directeurs Généraux des entreprises publiques et para - publiques, les Magistrats, les personnels des administrations chargés de l'assiette, du recouvrement et du maniement des recettes publiques, tout gestionnaire de crédits et des biens publics, doivent faire une déclaration de leurs biens et avoirs au début et à la fin de leur mandat ou de leur fonction¹.» Dans l'entreprise de « *concrétisation du droit* »² énoncé par le texte constitutionnel, la loi n° 003/2006 du 25 avril 2006 relative à la déclaration des biens et avoirs a été promulguée. Mais, par « l'abstention normative »³, la Constitution et la loi sont bloqués c'est-à-dire non appliquées. La loi en question précise que : « *Des décrets du Président de la République préciseront en tant que de besoin les modalités d'application de la présente loi* »⁴. En dehors du Cameroun, d'autres dirigeants comme le Président de la République doivent faire une déclaration du patrimoine. Au Tchad⁵, La déclaration du patrimoine est prévue par les Constitutions de 1996

¹ Article 66 C. du 18 janvier 1996.

²*Prima facie*, l'on est dans le cadre général de la théorie de la formation du droit par degré. Cette théorie est souvent attribuée à Hans Kelsen, c'est en réalité à l'un de ses disciples Adolphe Merkl. D'après cette théorie, la hiérarchie des normes se structure selon une « concrétisation croissante de l'ordonnancement juridique à mesure qu'on descend les degrés de la hiérarchie. D'abord le caractère abstrait de la norme diminue : elle se fait plus concrète. Puis cette concrétisation se développe encore par le passage de la norme générale à la norme individuelle. Ainsi l'ordonnancement juridique est constitué par une hiérarchie de normes qui vont en se concrétisant de plus en plus à la norme individuelle », in Jules David, *Le rapport de concrétisation entre actes juridiques. Etude de droit public*, Thèse de droit public, Université de Bordeaux, novembre 2014, pp.18-19 ; lire utilement Roger Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolphe Merkl », *RDP*, 1928, p.668 ; Hans Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP*, 1926, p.561 ; Raymond Carre de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, librairie du Recueil Sirey, 1933, p.15.

³ Il y a *abstention normative* lorsqu'une autorité s'abstient simplement d'édicter les normes nécessaires pour rendre effectif et concret le fonctionnement des structures prévues textuellement. Lire utilement Pierre Fabien Nkot, *Les usages politiques du droit en Afrique. Le cas du Cameroun*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.104.

⁴ Article 17 de la loi n° 003/2006 du 25 avril 2006 relative à la déclaration des biens et avoirs.

⁵ Après la mort du (MIDI) Maréchal Idriss Deby Itno le 20 avril 2021, Mahamat Idriss Déby Itno, fils d'Idriss Déby Itno, sera imposé comme Président du Conseil Militaire de Transition (CMT), composé de quinze (15) membres de l'Armée Tchadienne.

(article 72) et 2018 (article 78). Mais pour le moment pas de commencement d'exécution et silence-radio quant à l'application. Pourtant, d'autres pays comme le Bénin¹, le Sénégal², le Niger³, le Congo, et le Togo⁴ sont assez avancés dans la mise en œuvre de de cette exigence.

2- La protection atypique de l'ordre constitutionnel

La constitution est un élément, certes indispensable, mais non suffisant de l'ordre constitutionnel⁵, car il relève aussi d'une interaction entre les normes et les faits. La protection de cet ordre est atypique parce qu'elle fait intervenir des acteurs nouveaux comme le citoyen et l'armée.

La protection de la Constitution a généralement deux volets, d'un côté la protection juridictionnelle, de l'autre la protection politique. Cette dernière n'est

¹ Le président de la République, Patrice Guillaume Athanase Talon est désormais en règle vis-à-vis de la loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin qui fait obligation aux élus du peuple de déclarer leur patrimoine dans un délai de quinze jours après leur entrée en fonction, ainsi qu'avec l'article 52 de la constitution de 1990, Ils (président et membres du gouvernement) sont tenus, lors de leur entrée en fonction et à la fin de celle-ci, de faire sur l'honneur une déclaration écrite de tous leurs biens et patrimoine adressée à la Chambre des Comptes de la Cour suprême

² Depuis 2001, la déclaration de patrimoine est une obligation légale inscrite dans la Constitution. Wade avait souscrit à cette prescription en novembre 2001, déclarant une douzaine de villas et résidences dans l'ensemble du Sénégal, sans en préciser la valeur. Son successeur Macky Sall s'est conformé à l'article 37 en déposant sa « Déclaration écrite de patrimoine » au Conseil constitutionnel le 23 avril 2012. Le peuple sénégalais découvrait un homme d'Etat riche.

³ D'après l'article 51 de la Constitution du 25 novembre 2010, « Après la cérémonie d'investiture et dans un délai de quarante-huit heures, le président de la Cour constitutionnelle reçoit la déclaration écrite sur l'honneur des biens du président de la République. Cette déclaration fait l'objet d'une mise à jour annuelle et à la cessation des fonctions. La déclaration initiale et les mises à jour sont publiées au Journal officiel et par voie de presse. ». Le Président nigérien sacrifie chaque année à ce rituel et est à sa 8^{ème} déclaration. Cette dernière a été opérée le 3 avril 2018.

⁴ Comme le stipule l'article 145 de la Constitution togolaise le 27 septembre 1992 et révisée par la loi n° 2002-029 du 31 décembre 2002 : « Le Président de la République, le Premier ministre, les membres du gouvernement, le Président et les membres du bureau de l'Assemblée nationale et du Sénat et les Directeurs des Administrations centrales et des entreprises publiques doivent faire devant la Cour suprême une déclaration de leurs biens et avoirs au début et à la fin de leur mandat ou de leur fonction ». Mais à ce jour, aucun commencement d'exécution de la déclaration.

⁵ L'ordre constitutionnel est « l'ensemble de ce qui doit être respecté en vertu de la Constitution », in Jean-Michel Blanquer, « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte. Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1998, pp.1526 et sq.

pas exercée par une quelconque juridiction, mais plutôt par un corps politique comme un gouvernant ou même par le peuple.

Le peuple est forcément constitué de citoyens¹, et ces derniers ont des droits. Le peuple se présente à l'échelle d'un État comme une unicité, une collectivité indifférenciée soumise à l'ordre juridique de l'État². De ce fait, le peuple est la population politique. La doctrine reconnaît que « *selon la conception contractuelle de la Constitution, déjà présentée au XVI^e siècle, et héritée du moyen-âge, si le prince devient tyran, le peuple peut prendre le droit d'attenter à sa vie* »³ ou à son action. C'est justement ce dernier volet qui intéresse l'étude car l'on assiste selon la doctrine à un « *éveil du peuple souverain* »⁴.

En appréhendant le contrôle politique *latissimo sensu*, on peut retenir toutes les manifestations de réprobation des décisions politiques comme étant des formes de contrôle⁵. Ces mouvements de désapprobation peuvent revêtir diverses apparences et se profiler à travers l'action de la population ou du peuple (sanction de l'opinion, insurrection, révolution). Cela peut dans une certaine mesure entériner l'idée du « *peuple comme contre-pouvoir* »⁶ en prenant le cas des États africains. *In concreto*, on assiste sur le continent à une mobilisation sans précédent du peuple, du citoyen⁷ ou plus précisément de la société civile pour protéger la Constitution⁸. Cela traduit l'ancrage progressif d'un « patriotisme

¹ Pour le Conseil constitutionnel français, « le peuple français [est] composé de tous les citoyens français ». Voir décision du 9 mai 1991, loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, considérant 13.

² Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature sa valeur*, Economica, Paris, 1989, p.24.

³ Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p.198.

⁴ Claude Momo, « Le gardien de la constitution en Afrique subsaharienne francophone. », *RRJ*, 2017-1, pp.370-420.

⁵ Francisco Meledje Djedjro, *Droit constitutionnel*, 10^e éd., ABC, Abidjan, 2014, p.167.

⁶ Abdoulaye Soma, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *RDP*, n° 4, 2014, pp.1019-1033. *Contra*, Fabrice Hourquebie expliquait qu'il lui semblait difficile de considérer que le peuple fût un contre-pouvoir. Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678p.

⁷ Robert Mballa Owona, « Le citoyen et le renouvellement du droit constitutionnel en Afrique », *in* Magloire Ondo et Patrick Edgard Abane Engolo (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, CERCAF, L'Harmattan, Paris, 2018, p.95.

⁸ Telesphore Ondo, « Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme africain », *revue du conseil constitutionnel algérien*, n° 4, 2014, Les actes de la conférence d'Alger, p.388.

constitutionnel »¹ à l'africaine. Ce rôle du peuple provient du droit qui lui est reconnu par la Constitution à la désobéissance².

Cette prérogative a pour effet « *de doter le peuple d'une puissance juridique lui permettant de lutter contre les abus et privilèges des autorités politiques, de s'opposer au despotisme, à la tyrannie* »³. Plus récemment en Afrique, ce droit à la désobéissance et cette obligation de protéger la Constitution ont été exercés par le peuple pour freiner ou arrêter les dirigeants au pouvoir laissés libres par des contre-pouvoirs institutionnels devenus inefficaces ou corrompus. Il s'agissait concrètement de contrôler leurs actions, de les contraindre à respecter la Constitution, à abroger ou suspendre les textes jugés arbitraires ou à abandonner des révisions constitutionnelles opportunistes et régressives⁴. C'est ainsi que la société civile a pris l'habitude de manifester contre une tendance à l'excès de pouvoir ou à l'instrumentalisation des lois constitutionnelles. C'est dans ce cadre que les mouvements citoyens « *touche pas à ma Constitution* » ont été lancés au Sénégal⁵, au Burkina Faso⁶, au Bénin, au Mali⁷.

Concernant l'armée, il faut noter que celle-ci viole de plus en plus le sacro-saint principe de séparation des pouvoirs militaire et civil. Dans certains Etats, elle est intervenue énergiquement et de façon « spectaculaire »⁸ pour rétablir l'ordre

¹ Jürgen Habermas, « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », in *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Paris, Éd. Esprit, 1992, p. 29. Ismaila Madior Fall, « Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains », *Revue du conseil constitutionnel algérien*, n° 4, 2014, p.287. Boubacar Ba, *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique et d'Amérique latine (Afrique du sud, Benin, Ghana, Sénégal / Brésil-Chili-Colombie)*, Thèse de doctorat en droit public, Université Cheick Anta Diop, 2013, p.576.

²V. 66 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et 121 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

³Henri David Thoreau, *La désobéissance civile*, Castelnau-le-Lez, Climats, Paris, 1992, p.24.

⁴ Ismaila Madior Fall, « La révision de la Constitution au Sénégal », *Afrilex*, Décembre 2014, 46p.

⁵ En 2011 pour s'opposer à un projet de loi adopté en Conseil des ministres, visant à instituer un Ticket pour l'élection présidentielle prévue en février 2012, d'un président et de son vice-président de la république. En réalité, le président Wade était soupçonné de vouloir confier le poste de vice-président à son fils Karim Wade.

⁶ En 2014, pour empêcher Compaoré de faire sauter le verrou de la limitation des mandats.

⁷ En juillet 2017, Ibrahim Boubakar Keita s'est plié face au collectif "*touche pas à ma constitution*" en renvoyant *sine die* le projet de révision constitutionnelle par referendum.

⁸ Alexis Essono Ovono, « Armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n° 242), p.120.

constitutionnel et partant, renouer avec la démocratie. Après dix ans passés à la tête du pays, Mamadou Tandja avait dissous en 2009 le Parlement et la Cour constitutionnelle, avant d'organiser un référendum très controversé lui permettant de rester au pouvoir à l'issue de son ultime mandat, qui devait s'achever en décembre 2009. L'armée est intervenue le 18 février 2010 pour mettre fin à une crise née de la volonté du président Tandja de se maintenir au pouvoir à tout prix. C'est le cas notamment au Mali, où l'armée dirigée par le colonel Amadou Toumani Touré est intervenue en 1991 pour renverser le président Moussa Traoré et instaurer la démocratie. En décembre 1999, à la suite d'une tentative du président Henri Konan Bédié de prolonger son mandat présidentiel par une réforme constitutionnelle, l'armée conduite par le général Robert Guei intervient avec pour mission d'organiser des élections présidentielles et législatives à brève échéance. En Mauritanie, le général Ould Vale a déposé le président Ould Taya et organisé des élections transparentes en 2007. En Egypte après le printemps arabe, Mohamed Morsi est renversé en 2013 par l'armée dirigée par le général Al-Sissi pour cause de dérive autoritaire et liberticide, orchestrée par une organisation fondamentaliste appelée « les frères Musulmans ». Il est important de signaler que Tony Blair avait appelé la « *communauté internationale* » à soutenir la destitution de Mohamed Morsi.

La protection singulière de l'ordre constitutionnel s'accompagne d'une prise en compte de la conception classique de la famille et du mariage.

3- La protection de la conception classique de la famille et du mariage

Les approches institutionnelles du droit n'ont pas toutes abordé directement le concept familial. Il n'est donc pas véritablement de « théorie institutionnelle de la famille » qui soit complète et universelle, même si des auteurs comme Maurice

Hauriou ou Georges Renard ont ouvert des pistes essentielles¹ : le premier a abordé la famille comme exemple de l'institution-personne dont l'idéal-type est l'Etat, alors que le second a infléchi très nettement cette approche dans un sens religieux et a fait de la famille l'institution fondamentale². Il faut relever que c'est la conception de Renard qui a été beaucoup plus reprise dans les Etats africains.

Le terme famille est susceptible de plusieurs acceptions³. De nos jours, dans certains Etats d'Afrique noire francophone, une tendance est en train d'émerger. Celle-ci est relative au fait que des Constitutions s'érigent en remparts contre une conception peu traditionnelle et même peu orthodoxe de l'institution familiale et partant, du mariage, qui est considéré comme le « support légitime de la famille »⁴. Cette tendance voudrait rappeler que d'après les us et coutumes d'Afrique, et conformément à la morale judéo-chrétienne, le mariage est contracté entre deux personnes de sexes différents encore appelées hétérosexuels. Ce rappel textuel sert de digue et renvoie aux calendes grecques le mariage des couples de personnes de même sexe, également appelé « mariage homosexuel » ou « mariage pour tous », rendu possible en France, par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013⁵ malgré le mouvement contestataire de Frigide Barjot ("la manif pour tous"). C'est aussi une cinglante opposition à la décision de la cour constitutionnelle sud-africaine qui a reconnu le mariage homosexuel⁶. Les Etats francophones se parent donc de garde-fous pour empêcher cet état de choses.

¹ Eric Millard, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Thèse de droit, Université Jean Moulin - Lyon III, 1994, p.123.

² *L'institution fondamentale : la famille*, in Georges Renard, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933, p. 190 et sq.

³ Une acception extensive renvoie au groupe familial naturel ou légitime, au clan, au lignage, ou à l'ethnie. À l'inverse, une conception restrictive révèle une structure familiale nucléaire où le couple et les enfants constituent la famille. Akodah Ayewouadan, « La famille dans le constitutionnalisme africain », *RRJ-Droit prospectif*, 2012/3, p.1523.

⁴ Lire dans ce sens, article 3 paragraphe 14 de la Loi constitutionnelle gabonaise du 10 janvier 2018.

⁵ Par sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe dont il avait été saisi par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs.

⁶ *Judgment Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* du 1er December 2005. Cette décision avait imposé le délai du 1er décembre 2006 pour rendre légal le mariage entre personnes de même sexe en Afrique du sud. En 2006, l'Afrique du sud est devenue le 5^e pays au

Dans ce sillage, il est possible de situer la récente Constitution du Centrafrique où il est clairement précisé que : « la famille constitue la base naturelle et morale de la communauté humaine. Le mariage est l'union entre un homme et une femme... »¹ ; la Constitution de Côte d'Ivoire reconnaît assez singulièrement que « l'autorité parentale est exercée par les père et mère... »², alors que la dernière révision constitutionnelle du Gabon énonce que « la famille est la cellule de base de la société, le mariage, union entre deux personnes de sexe différent, en est le support légitime. Ils sont placés sous la protection particulière de l'Etat »³. Par ce genre de dispositions constitutionnelles, les nouveaux constituants africains semblent se rapprocher du modèle allemand qui semble encore légèrement réfractaire à ce genre d'unions et de conceptions de la famille, en élevant à la dignité constitutionnelle (et sous la protection de la Cour Constitutionnelle) le paradigme du mariage hétérosexuel⁴ sur la base de l'affirmation du principe d'égalité et du droit d'être différent⁵. Le Bénin va même plus loin dans ce rigorisme en empêchant le mariage polygamique par le truchement de la Cour constitutionnelle⁶.

CONCLUSION

Pour ne pas conclure, il est question de dire que le nouveau constitutionnalisme africain qui avait été célébré au début des années 1990 se consolide sereinement

monde à autoriser le mariage homosexuel, et le tout 1^{er} en Afrique. La ville de Cape Town, est la ville la plus "gay-friendly" d'Afrique avec une très forte population homosexuelle qui s'y exprime librement. Avec son drapeau aux couleurs de l'arc-en-ciel LGBT (Lesbienne Gay Bisexuels Transsexuels).

¹ Article 7 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

² Article 31 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016.

³ Article 3 paragraphe 14 nouveau du titre préliminaire de la Loi constitutionnelle gabonaise du 10 janvier 2018.

⁴ Poli Maria Daniela, « Le mariage homosexuel dans les jurisprudences constitutionnelles », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 66 N°3, 2014. pp.848 et sq.

⁵ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p.477 et sq.

⁶ Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002, La Cour constitutionnelle béninoise, se prononçant sur la Loi n° 2002-07 portant Code des personnes et de la famille, déclare l'article 74, ayant trait à la polygamie, inconstitutionnel en raison d'une discrimination fondée sur le sexe.

et sûrement. L'on constate qu'il n'est pas figé et statique, mais il est plutôt dynamique et remuant. D'un côté, il existe des orientations primaires qui expriment l'antériorité des questions de démocratie et d'Etat de droit. Tandis que de l'autre côté, semblent émerger des orientations secondaires qui découlent des premières émergent en mettant en lumière l'ingénierie constitutionnelle « *made in africa* ». La véritable question qu'il est possible de se poser maintenant est celle de savoir si au regard de ces multiples orientations, si le constitutionnalisme africain semble avancer. La réponse est affirmative car, aux travers de ces dernières, il semble s'ériger un constitutionnalisme à l'africaine répondant dans une certaine mesure aux besoins et aspirations des peuples africains.

**L'obligation de respect de la Constitution dans le
nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique noire
francophone**

Alain Ghislain EWANE BITEG - Docteur/PHD en Droit public - Assistant à la Faculté
des Sciences juridiques et politiques - Université de Yaoundé II (Cameroun)

Résumé

Le constitutionnalisme africain se démarque par la sanctuarisation minimale de la Constitution au point où la problématique de son respect se pose avec acuité. Ce qui est constant, c'est la récurrence des cas de violations, d'instrumentalisations et d'atteintes dont elle est victime. Tout ceci laisse penser que c'est sous l'orage que la loi fondamentale se déploie dans les États d'Afrique noire francophone. Pour y remédier, les textes constitutionnels ont tenu à valoriser le prestige de la Constitution. C'est ce qui justifie la consécration textuelle et jurisprudentielle de l'obligation de respect de cette dernière norme. Cette obligation prend en compte, l'importance et la place qu'occupe le texte constitutionnel dans l'ordonnement juridique. Elle est surtout la traduction de l'évolution du constitutionnalisme africain, à telle enseigne que l'on pourrait affirmer que l'obligation de respect de la Constitution fait partie d'une approche révolutionnaire.

La Constitution est une norme impérative parce qu'elle comporte la formule d'une règle qui est péremptoire par elle-même. Pour cela, elle organise des institutions, détermine des compétences, formule des prohibitions, impose des obligations¹. À ce titre, pour reprendre Henri Capitant, le respect de la Constitution est un impératif juridique² qui a vocation à être universel. Entendue comme patrimoine commun des États modernes, la soumission à la loi fondamentale est requise à l'égard de l'ensemble du corps social. À titre de droit comparé, l'évolution constitutionnelle française offre des exemples de divers cas de formulation de l'obligation de respect de la Constitution³. Dans certains cas, elle-même proclame la piété qui lui est due⁴; dans d'autres, cet égard découle de l'acte de promulgation⁵; et à certaines occurrences, l'obligation est postulée sans qu'aucune mention expresse ne soit faite⁶. La Constitution des États-Unis d'Amérique opte pour des prohibitions⁷ tandis que la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne dispose en son article 1^{er} que : «... *Tous les*

¹ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel, La théorie générale de l'État*, 2^e édition, tome deuxième, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Editeurs, 1923, p.169.

² Capitant (Henri), *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*. Thèse pour le doctorat en Droit, Université de Paris, Paris, Librairie Dalloz, 1928, p.49. Une règle impérative est une règle qu'on ne peut pas éviter, qu'on est obligé de respecter. Elle s'applique même si on n'a pas prévu autre chose dans le contrat. Un impératif juridique correspond à un ordre absolu.

³ Lire dans ce sens : Denquin (Jean-Marie), « Sur le « respect de la Constitution » », in Chagnollaud (Dominique), *(textes réunis pour) les 50 ans de la Constitution (1958-2008)*, Paris, Lexis Nexis, 2008, p.113. Beau (Olivier), *La puissance de L'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1994, p.256. Soma (Abdoulaye), « La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme contemporain », *Afrilex*, 2021, p.24.

⁴ En 1791, bien que l'Assemblée constituante déclare que « *la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution* » (Titre VII, art. 1^{er}), elle « *remet le dépôt* » de la Constitution « *à la fidélité du corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français* ».

⁵ Dans le même esprit, l'article 110 de la Constitution de 1848 déclare : « *L'Assemblée nationale confie le dépôt de la présente Constitution, et des droits qu'elle consacre, à la garde et au patriotisme de tous les français* ». La Constitution de 1852, dans son article 25, dispose que : « *Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques* ». Dans aucun de ces textes le mot « *respect* » n'est utilisé, mais il ne paraît pas arbitraire d'en reconnaître l'idée.

⁶ La Constitution de 1946 ne connaît ni « *respect* », ni « *dépôt* », ni « *gardien* ». Le respect de la Constitution apparaît sous la V^e République dans le texte constitutionnel de 1958, en son article 5 et dans la décision du Conseil constitutionnel (décision n°85-188DC du 22 mai 1985) au terme duquel la loi votée « *n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ».

⁷ On peut lire du Premier Amendement de la Constitution du 21 juin 1788 que : « *Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni restreigne la liberté de la parole ou de la presse...* »

pouvoirs publics ont l'obligation de respecter la dignité humaine... »¹ Alors que la Constitution japonaise du 3 mai 1947 n'évoque guère l'obligation de respect de la Constitution². Dans les États d'Afrique noire francophone, l'on note une banalisation de cette obligation avant les années 1990 du fait de la transcendance du pouvoir³ consécutive à la sacralité de ce dernier. Cette période marque l'ineffectivité de l'obligation de respect de la norme fondamentale. Mais sa consécration se concrétise depuis 1990. Elle est explicitement énoncée à l'égard des personnes physiques⁴, morales⁵, et de l'État⁶. Le juge constitutionnel centrafricain en tant que garant de la Constitution et de l'ordre constitutionnel a rappelé au « *président de la République son obligation de protéger la Constitution* »⁷ suite à sa volonté d'écourter le mandat de la présidente de la Cour constitutionnelle. Il va sans dire qu'en Afrique, le respect de la norme fondamentale est une obligation.

Du latin *obligatio*, qui signifie obliger, lier par une loi, un ordre, un accord, un service l'obligation fait référence à la fois à une action ou une abstention⁸. Elle dicte toujours une conduite ou au moins un comportement en vertu d'un système

¹ Lire la loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 modifiée le 28 juin 2022. Bien que cette disposition ne mette pas directement la focale sur l'obligation de respect de la loi fondamentale, il n'en demeure pas moins que respecter la dignité humaine, revient à respecter la Constitution.

² La loi fondamentale de ce pays est muette sur l'obligation de respect de la Constitution.

³ Kamto (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique noire : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, collection bibliothèque africaine et malgache, tome 43, 1987, p.428.

⁴ C'est le cas des États tels que la RCA (article 23 de la Constitution du 30 mars 2016), le Tchad (article 53 de la Constitution du 4 mai 2018), le Bénin (article 34 de la Constitution du 11 décembre 1990), le Togo (article 42 de la Constitution du 27 septembre révisée), le Mali (article 24 de la Constitution du 27 février 1992), la RDC (articles 62 et 64 de la Constitution du 18 décembre 2006), la République du Congo (article 50 de la Constitution du 6 novembre 2015).

⁵ Article 4 de la Constitution sénégalaise révisée du 7 janvier 2001. Article 6 de la Constitution gabonaise révisée du 26 mars 1991. Article 7 de la Constitution togolaise du 27 septembre révisée.

⁶ Article 26 de la Constitution ivoirienne du 9 novembre 2016.

⁷ Décision n°009/CC/22 du 23 septembre 2022. Le juge affirme dans un considérant phare que : « *le président de la République a une obligation de protection de la Constitution, selon son serment, le président de la République jure d'observer scrupuleusement la Constitution. L'examen des pouvoirs qui lui sont attribués par la Constitution, aucune disposition ne lui confère une initiative en matière d'abrogation de la Constitution ni de mise en place d'une constituante* ».

⁸ Cabrillac (Remy), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 5^e éd., Paris, Lexis Nexis, 2014, p.353.

de valeur. En réalité, l'obligation recouvre trois réalités à savoir : la contrainte, c'est-à-dire l'obligation permissive à l'égard des gouvernants et gouvernés qui doivent se soumettre à son respect ; l'interdiction¹, c'est-à-dire l'obligation prohibitive ; enfin, la sanction appliquée par le juge. Elle est l'expression d'une norme, dont elle fait partie intégrante. Mais toute norme n'est pas nécessairement génératrice d'obligation, en ce sens qu'une norme peut contraindre une personne sans que celle-ci se sente tenue de s'y soumettre. Cette dernière ne le fera que pour échapper à une sanction, qui lui paraîtra pire que la soumission à la norme². La notion d'obligation implique la sanction de la transgression du système de référence.

Il est possible de classer les obligations en deux catégories. La première catégorie concerne, les obligations morales qui sont celles dont la violation ne donne lieu à aucune sanction. La sanction lorsqu'elle existe, ne peut être que d'ordre interne à la personne ou issu d'une entité non étatique, religieuse en l'occurrence. La seconde catégorie est constituée, d'obligations juridiques qui désignent des prescriptions édictées et sanctionnées par le droit. Elles s'imposent à des personnes qui se retrouvent dans une situation donnée. L'obligation est d'origine civiliste³, mais le droit public n'est plus étranger à cette notion⁴. Dans le cadre de cette contribution, l'approche de la notion considérée

¹ Les interdictions sont plurielles, elles témoignent de la performativité du langage constitutionnel. Les unes sont tacites, lorsqu'elles ne sont pas clairement formulées par le texte constitutionnel. À titre d'illustration, les dispositions qui affirment l'autorité de la chose jugée des décisions de la juridiction constitutionnelle formulent une interdiction tacite qui est celle de l'incontestabilité des décisions du juge. Les autres expresses, à l'instar des limites au pouvoir de révision qui proscrivent la révision de la Constitution pendant certaines périodes ou qui interdisent la révision de certaines dispositions de la Constitution. Lire utilement : Kelsen (Hans), *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant, LGDJ, 1997, pp.312-314. Derosier (Jean-Philippe), « Enquête sur la limite constitutionnelle. Du concept à la notion », *RFDC*, n°76, 2008, p.789.

² Arnaud (André-Jean), (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 409.

³ Flour (Jacques), Aubert (Jean-Luc), Savaux (Eric), *Les obligations 1, L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, Coll.U, 10^{ème} éd., 2003, p.25.

⁴ Pekassa Ndam (Gérard-Martin), « L'obligation déclarative en droit fiscal camerounais », *Études offertes au Professeur Paul Gérard Pougoué, sous la coordination des Professeurs François Anoukaha et Alain Didier Olinga, L'obligation*, Cameroun, Harmattan, 2015, pp.796-806. Nguete Abada (Marcelin), « L'obligation de rendre compte du Président de la République : réflexions à partir de la révision constitutionnelle du 14 avril 2008 », *op.cit.*, pp.629-655. Guimdo Dongmo

sera extensive. L'obligation va dès lors désigner la prescription du respect de l'ensemble des dispositions constitutionnelles et à la proscription de les transgresser. Derrière cette obligation, il faut y voir, une volonté de promouvoir une Constitution respectée.

Sur plan littéral, le respect est le sentiment qui suggère de traiter quelqu'un ou quelque chose avec égard, à ne pas porter atteinte à quelque chose. Ou de traiter avec égard et de ne pas porter atteinte à quelqu'un ou quelque chose. En outre, ce mot renvoie à l'observation des règles établies¹ dans un environnement précis. Le respect du droit suppose la soumission aux lois et règlements, mais également la possibilité de désobéir au nom du droit de la résistance à l'oppression. Il n'est pas vain de rappeler que l'inobservation peut conduire à une sanction. En toute hypothèse, la lettre et l'esprit de la norme fondamentale doivent être observés. De ce postulat, il convient de distinguer deux types respects : le respect externe, qui vise à prémunir les institutions contre un renversement total du système, et le respect interne, qui tend à préserver un équilibre défini dans et par le système, en l'occurrence la Constitution.

La Constitution est la loi fondamentale d'un État dont l'objet est l'organisation des pouvoirs publics et la détermination de leurs rapports². Elle est établie par un pouvoir constituant, qui définit les droits et libertés des citoyens, l'articulation des pouvoirs de l'État, ainsi que leur organisation et leur fonctionnement, les modes de désignation des membres des principales institutions de l'État et les attributions respectives de celles-ci³. Au surplus, à l'époque contemporaine, la

(Bernard-Raymond), « L'interdiction de la torture : une obligation fondamentale en péril ? », *op.cit.*, pp.297-312. Biakan (Jacques), « L'obligation dans le processus de formation des contrats publics », *op.cit.*, pp.135-146.

¹ Denquin (Jean-Marie), « Sur le « respect de la Constitution » », in Chagnollaud (Dominique), *Les 50 ans de la Constitution (1958-2008)*, *op.cit.*, p.113.

² Avril (Pierre) et Gicquel (Jean), *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p.30.

³ Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun*, Yaoundé, Presses Universitaire du Cameroun, 2021, p.97. Loada (Augustin) et Ibriga (Luc-Marius), *Précis de droit constitutionnel et institutions politiques*, PADEG, Université de Ouagadougou, UFR Sciences juridiques et politiques, 2007, p.622. Wodié Vangah (Francis), *Institutions politiques et droit constitutionnel en Côte d'Ivoire*, Abidjan, Presse Universitaire de Côte d'Ivoire, 1996, p. 299. Avril (Pierre) et Gicquel (Jean), *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p.30.

Constitution se présente : « *comme la règle du jeu, elle indique à tous le but à atteindre* »¹et constitue la digue qui canalise le flot de l'action aussi bien pour les gouvernés que pour les gouvernants². En réalité, la vie politique est valablement encadrée là où la Constitution en vigueur est respectée.

Le constitutionnalisme ³peut être appréhendé de façon duale. La première perception consiste à l'analyser de manière globale. Dans cette perspective, une double définition sera donnée à ce concept. *Primo*, le recours à cette notion permet de désigner une idéologie qui promeut la limitation du pouvoir et la garantie des droits fondamentaux des gouvernés⁴. Une telle acception s'accommode bien avec l'étude sur l'obligation de respect de la Constitution en ce sens qu'elle induit la limitation du pouvoir des gouvernants. *Secundo*, le constitutionnalisme fait référence aux mouvements constitutionnels dans un État précis⁵. La seconde démarche, quant à elle, repose sur l'analyse du nouveau constitutionnalisme *stricto sensu*. Il convient de souligner que cette expression renvoie au constitutionnalisme de la troisième vague⁶en vigueur dans les États africains depuis le début des années 1990 et qui valorise la démocratie et l'État de droit⁷.

¹ Delpérée (François), « La Constitution de Tintin », *RFDC*, n°100, 2014, p.885.

² Delpérée (François), « La Constitution, pour quoi faire ? », *RBDC*, n°1-2, 1994, p.11.

³ Contrairement au constitutionnalisme autoritaire du début des années 1960, que l'on peut encore qualifier de période de l'ineffectivité du constitutionnalisme, caractérisée par la transcendance, la sacralité du pouvoir, la banalisation de la Constitution et la négation des droits fondamentaux. Lire utilement Kombila (Jean- Pierre), *La problématique constitutionnelle dans les régimes politiques des États d'Afrique noire francophone*, thèse de doctorat en droit public, Université de droit, de sciences économiques de paris, Paris 2, 1982, p.111.

⁴ De Villiers (Michel) et Le Divellec (Armel), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 10^e éd., Paris, Sirey, 2015, p.79.

⁵ Kamto (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique noire : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, collection bibliothèque africaine et malgache, tome 43, 1987, p.43.

⁶ Gabanis (André) et Martin (Michel Louis), *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Academia, Publications de l'Institut universitaire André Ryckmans, 2010, 228p.

⁷ Sur le nouveau constitutionnalisme en Afrique et son orientation libérale, lire utilement Ahadzi-Nonou (Koffi), « les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et Politique*, 2002, p.40 ; Holo (Theodore), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n°16, 2006, pp. 17-41.

Grosso modo, le cadre géographique de l'étude fait référence aux États d'Afrique noire francophone issus de la décolonisation¹. C'est-à-dire ceux ayant fait l'objet de la colonisation française ou belge, laquelle colonisation s'exerçait soit au nom « *d'un titre de souveraineté propre dans le cas des territoires annexés à une métropole* »², soit sur la base d'un mandat international dans le cas des territoires sous tutelle³. L'étude pourra aussi emprunter des exemples d'autres traditions juridiques à titre de droit comparé.

L'obligation de respect de la Constitution est une problématique fondamentale en Afrique⁴. Au moment de l'accession à l'indépendance, cette obligation n'était pas explicitement consacrée⁵ et les textes constitutionnels vont être constamment froissés entre 1960 et 1990. À croire que la vie politique se déroulait en marge de la loi fondamentale. En effet, il convient de rappeler que depuis les indépendances, le continent africain est constamment secoué par des coups d'État et l'irruption des régimes militaires dans l'exercice du pouvoir entraînant ainsi une régression du constitutionnalisme⁶. C'est pour marquer une

¹ Conac (Gérard.), « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la République démocratique malgache », Gérard Conac (dir.), *Les Institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 1.

² On peut citer dans cette logique, des États tels que : le Bénin, le Burkina Faso, la Centrafrique, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la RDC, le Mali, le Niger, le Sénégal ou encore le Tchad.

³ Ondoa (Magloire), *Introduction historique au droit camerounais : la formation initiale. Éléments pour une théorie de l'autonomie des droits africains*, Yaoundé, EDLK, coll. « Doctrine africaine et Malgache », 2013, 319p.

⁴ Durant les trois premières décennies postindépendance, le constitutionnalisme africain était assis sur l'hyperprésidentialisme caractérisé par la faible institutionnalisation du pouvoir. À cette époque, les détenteurs du pouvoir faisaient prévaloir les considérations d'ordre politiques sur le respect de la Constitution si bien qu'elle était réduite à une portion congrue. Lire dans ce sens, Lavroff (Dimitri-Georges), *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire francophone. Les États francophones*, Paris, A. Pedone, 1976, P.13 ; Mbomé (François-Xavier), *Régimes politiques africains*, Paris, Economica, 1979, pp. 849-866.

⁵ Cette posture se justifie par la consécration du serment du président de la République. À titre d'illustration, la Constitution de la RCA du 28 novembre 1986 met en avant l'obligation de respect de la Constitution qui pèse sur le président de la République. L'article 4 dispose que : « ... *Je jure solennellement devant le peuple centrafricain de remplir fidèlement les fonctions de président de la République centrafricaine, de respecter et de faire respecter la Constitution...* ». La loi constitutionnelle sénégalaise de 1967 comporte une disposition similaire. Lire l'article 31.

⁶ Essono Ovono (Alexis), « Armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *Afrique Contemporaine*, n°242, 2012. p.120.

rupture avec la multiplication des coups d'État des trois premières décennies qui ont suivi l'indépendance des États que les constituants 1990 ont tenu à consacrer l'obligation de respect de la Constitution¹. Toutefois, l'actualité révèle la fragilisation de cette obligation par la récurrence des coups d'État en Afrique. C'est le cas au Burkina Faso², au Mali³ et au Tchad⁴. Dans ce dernier cas, la transition a été mise en place au mépris total des textes et règlements en vigueur. De plus, le non-respect de la loi fondamentale peut être illustré par les cas de la Guinée⁵, du Niger⁶ et du Togo⁷ ou s'est développée une instabilité constitutionnelle⁸. Au regard de ces allusions, il en ressort que la consécration textuelle de l'obligation de respect de la Constitution tranche avec la pratique au sujet de son respect. C'est la raison pour laquelle on se pose la question suivante: *Comment*

¹ Au Togo, Constitution du 27 septembre 1992 révisée, articles 7, 10, 42 et 45 ; la Constitution ivoirienne du 9 novembre 2016 (article 28) ; la Constitution malienne du 27 février 1992 (article 24) ; la Constitution de Djibouti du 4 septembre 1992 (article 6) ; la Constitution de la République de Guinée de 2010 (articles 15, 22...) ; la Constitution de RDC du 18 décembre 2005 (articles 62, 6) ; la Constitution de la République du Congo du 6 novembre 2015 (articles 8, 50) ; la Constitution de la RCA du 30 mars 2016 (article 23) ; la Constitution burundaise du 17 mai 2018 (articles 27, 35) ; la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée (articles 59, 60) ; la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 révisée (article 6) ; la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 (articles 34, 41) ; la Constitution sénégalaise du 7 janvier 2001 révisée (article 4) ; la Constitution tchadienne du 4 mai 2018 (articles 15, 53).

² Le président démocratiquement élu Roch Marc Christian Kaboré a été renversé le 24 janvier 2022 par un coup d'État du mouvement patriotique pour la sauvegarde et la Restauration. Dans cette lancée, le capitaine Sidsoré Ouédraogo, porte-parole des militaires informe de la suspension de la Constitution et de la dissolution du Gouvernement et de l'Assemblée nationale.

³ En intervenant le 24 mai 2021 pour destituer le président de transition Bah Moctar Ouane, l'armée malienne a démontré une nouvelle fois sa volonté de garder la main sur les leviers politiques. *Le point*, publié le 3 juillet 2021 à 12h.

⁴ Par Info Alwihda- 23 avril 2021.

⁵ Le président Lassana Conté a refusé de se conformer à la procédure de révision lors de l'opération constituante de 2003 qui visait à lever la clause limitative du nombre de mandats présidentiels.

⁶ Le président Mamadou Tanja a utilisé de manière irrégulière le referendum constitutionnel pour supprimer la clause limitative du nombre de mandats présidentiels.

⁷ Le cas du Togo n'est pas singulier. La quasi-totalité des États d'Afrique noire francophone a procédé à la révision de la clause limitative de mandats présidentiels au mépris de la volonté du peuple et parfois, de la procédure de révision. Lire : Sambou (Soubahimbane), « Afrique subsaharienne francophone. Des textes constitutionnels en vigueur à leur (s) révision (s) », *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, p.116.

⁸ Atangana Amougou (Jean-Louis), « Rigidité et instabilité constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Afrique Juridique et politique*, juillet-décembre 2006, vol. 2, n°2, p.69.

se décline l'obligation de respect de la Constitution dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone ?

Une telle interrogation revêt un double intérêt théorique et pratique. Dans un premier temps, elle permettra d'analyser le degré de sacralité et de fondamentalité de la Constitution. Dans cette perspective, il est question de voir si la loi fondamentale est touchée avec des mains tremblantes. Dans un second temps, la plus-value de cette étude est d'analyser l'existence d'une démocratie illibérale¹ dans les États d'Afrique noire francophone.

En toute logique, une analyse de la question sus évoquée s'appuiera sur la méthode juridique. Elle commande par principe, une analyse reposant sur l'exégèse², mais aussi de la sociologie du droit³ qui va au-delà de la règle en recherchant l'application du droit dans la réalité sociale, étant entendu que les pratiques constitutionnelles⁴ sont récurrentes dans les États d'Afrique noire francophone. De ce qui précède, il est possible d'affirmer que dans le nouveau constitutionnalisme africain, l'ambivalence de l'obligation de respect de la Constitution se traduit par la constitutionnalisation révolutionnaire (I) et la concrétisation déficitaire de la soumission à l'obligation de respect de la Constitution (II).

¹ Barbé (Vanessa), Combrade (Bertrand-Léo), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, LGDJ, 2022, 455p. Précisons tout de même que ce point de vue n'est pas partagé par l'ensemble de la doctrine. Pour certains, le concept de démocratie « illibérale » est simplement absurde. Voir en sens Le Pourhiet (Anne-Marie), « Une démocratie peut-elle être illibérale ? », in *Tanguy Pasquier-Briand (Dir.), Spicilegium juris politici. Mélanges offerts à Philippe Lauvaux*, Paris, éd., Panthéon-Assas, 2020, p.667.

² Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962. Du même auteur, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 604p. Remy (Philippe), « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au dix-neuvième siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et science juridique*, 1985, n°2, pp.91-105

³ Chevalier (Jacques), « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 281-297.

⁴ Dosso (Karim), « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophones : cohérences et incohérences », *op. cit.* p.72.

I- La constitutionnalisation révolutionnaire de l'obligation de respect de la Constitution

Le nouveau constitutionnalisme africain est orienté vers la valorisation de la Constitution. C'est à l'aune de la consécration de l'obligation de respect que cette orientation est perceptible. Il résulte en effet, une double démarche tendant vers la diversification des destinataires de cette obligation (A) et la criminalisation des atteintes à la Constitution (B).

A- La diversification des destinataires de l'obligation de respect

À l'analyse des nouvelles Constitutions africaines et leurs normes dérivées, ce qui est clair, c'est la volonté d'assujettir les gouvernants (1) et les gouvernés au respect de la norme fondamentale (2).

1- L'assujettissement des gouvernants à l'obligation de respect

La liste des gouvernants assujettis à l'obligation de respect est étendue à deux catégories. La première concerne les gouvernants pris de manière générique. En parcourant les lois fondamentales africaines, le constat qui se dégage est que l'État et les collectivités locales sont assujettis à l'obligation de se soumettre à la loi suprême, car ces entités assurent l'application du droit en général et de la Constitution en particulier¹. Si l'État et les collectivités locales sont soumis au respect de la loi fondamentale, c'est par l'entremise des gouvernants qui les pilotent et les incarnent. C'est la traduction même du régime représentatif. En Côte d'Ivoire, le texte constitutionnel dispose que : « l'État

¹ Il n'est pas exagéré d'affirmer que « les gouvernants utilisent le pouvoir pour opprimer le peuple, celui-ci a le droit de s'opposer à leur autorité », in Grobon (Solène), « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », in Véronique Champeil-Despals et Danièle Lochak (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 139.

*s'engage à respecter la Constitution... »*¹. En tout état de cause, les obligations de l'État doivent être classées en termes de prescriptions, de proscriptions et de sanctions. Ainsi, il est prescrit à l'État par l'entremise des personnalités qui le dirigent l'obligation de respecter la Constitution² par sa diffusion et son enseignement ainsi que les instruments internationaux dûment ratifiés³ par tous les moyens de communication de masse, en particulier la radiodiffusion et la télévision, voire les nouveaux médias sociaux. L'État est assujéti à l'obligation de développer le pays à travers la redistribution équitable des richesses sur toute l'étendue du territoire et en offrant un travail digne et un service public de qualité à ses populations. En outre, l'État et les collectivités locales par le biais de leurs gouvernants sont tenus de déclarer leurs biens et avoirs dans le but de respecter et faire respecter la bonne gouvernance dans la gestion des affaires publiques.

Il est interdit aux gouvernants de faire toute propagande ayant pour but ou pour effet la prévalence d'un groupe social sur un autre, ou d'encourager la haine raciale, tribale ou religieuse⁴. L'État est assujéti à l'obligation de non-discrimination et à inculquer des valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles, ainsi que les traditions culturelles. Il lui est interdit d'employer les enfants dans des activités qui les mettent en danger ou qui affectent leur santé, leur croissance, ainsi que leur équilibre mental et physique⁵. Les sanctions

¹ Article 28 de la Constitution du 9 novembre 2016.

² Bénin (article 40) de la Constitution du 11 décembre 1990, Burundi (article 53) de la Constitution du 17 mai 2018, Gabon (article 1^{er}) de la Constitution révisée du 26 mars 1991, RDC (articles 45) de la Constitution du 18 décembre 2006.

³ Il s'agit notamment de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 ainsi que de tous les instruments internationaux dûment ratifiés et relatifs aux Droits de l'Homme.

⁴ Côte d'Ivoire (article 19) de la Constitution du 9 novembre 2016, RDC (article 51) de la Constitution du 18 décembre 2006, Congo (articles 8 et 10) de la Constitution du 6 novembre 2015.

⁵ Côte d'Ivoire (articles 16 et 42) de la Constitution du 9 novembre 2016, RDC (article 36) de la Constitution du 18 décembre 2006, Congo (articles 31 et 40) de la Constitution du 6 novembre 2015, Burkina Faso (article 2) de la Constitution révisée du 2 juin 1991.

administratives¹et juridictionnelles²sont prévues particulièrement à l'égard des gouvernants locaux lorsqu'ils manquent à leurs obligations constitutionnelles³.

La seconde catégorie des gouvernants est prise de manière spécifique. Elle concerne le président de la République⁴et son gouvernement. Ils demeurent assujettis à l'obligation de respect de la norme fondamentale. En période normale, son gouvernement et lui sont interdits de cumuler leurs fonctions, car elles sont tellement prégnantes qu'elles n'accordent pas une marge de manœuvre à celui qui est préposé à les remplir. Dans cette perspective, l'interdiction du cumul de la charge présidentielle et gouvernementale paraît pertinente. Marcel Prélot et Jean Boulois martèlent que : « *les incompatibilités attachées à la présidence de la République sont générales et absolues... Le président doit se démettre de tous ses mandats. Il en va de même des activités privées, ou même*

¹ Au Niger, pour avoir posé des actes contraires à la Constitution, l'autorité de tutelle par le décret du 20 juin 2017 portant révocation des maires des communes rurales d'Ingall Monsieur Mohamed Mamane Illo, de Gamou Monsieur Hassane Kourma, de Gougaram Monsieur Moussa Matachi, de Karma Monsieur Abass Ycouba, du 2^{ème} adjoint au maire de la commune rurale de Karma Monsieur Nouhou Harouna et mettant fin aux fonctions du maire de la commune urbaine de Gouré Monsieur Ali Amadou. Dans la même veine au Congo, le Maire de Brazzaville Christian Roger Okemba a été suspendu de ses fonctions le 28 février par le ministre de l'Intérieur Raymond Zéphirin Mboulou, il est ensuite révoqué de ses fonctions le 20 avril par le conseil des Ministres.

² Dans une affaire opposant Byaga Etienne-Polycarpe contre Maire de la ville de Bangui, le juge administratif sanctionne le Maire pour avoir exercé des activités incompatibles avec ses fonctions. Voir, Décision du 4 septembre 1982. De plus, dans l'affaire Nguedjo Félix contre communauté urbaine de Douala, le juge administratif a sanctionné l'autorité locale pour activité incompatible à l'exercice de ses fonctions. Pour un approfondissement, lire Ewane Biteg (Alain-Ghislain), « Les incompatibilités aux fonctions d'élus locales dans le droit de la décentralisation des États d'Afrique noire francophone », *RRJP*, n°4, mars-avril 2023, pp.16-50.

³ Sans que la liste des États soit limitative, on peut citer le cas de la Constitution révisée du Cameroun du 18 janvier 1996 (articles 50 et 60).

⁴ À titre indicatif, quelques thèses consacrées au président de la République en Afrique. Bléou (Martin), *Le Président de la République ivoirienne*, Thèse de Droit, Nice, Université de Nice, 1984 ; Kamto (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, 547p. Mbodj (El-Hadj), *La succession du Chef de l'État en droit constitutionnel africain*, Thèse de doctorat d'État en Droit, Université Cheick Anta Diop de Dakar, 1991. Fall (Ismâïla -Madior), *La condition du pouvoir exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain. L'exemple des États d'Afrique subsaharienne francophone*, Thèse de doctorat en Droit, Dakar, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2001, 310p ; Aïvo (Frédéric - Joël), *Le Président de la République en Afrique noire francophone. Essai sur l'évolution institutionnelle de la fonction : au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo*, Thèse de doctorat en Droit, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, mai 2006, 626p. ; Ba (Boubacar), *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique et d'Amérique latine*, Thèse de doctorat en Droit, Dakar, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, août 2013, 662p.

gratuites »¹. Cette interdiction constitutionnelle est reprise par les Constitutions africaines² qui énumèrent une série d'activités privées ou publiques. Les incompatibilités en question sont suivies d'une sanction qui frappe le titulaire de la fonction présidentielle à savoir la destitution³. Il est prescrit au président de la République d'honorer son serment dans la mesure où il est proclamé maître de l'horloge électorale⁴.

En période de crise, le président de la République est en outre assujéti à l'obligation de respect de la loi fondamentale en effet, il lui est prescrit de respecter les droits et libertés des citoyens. Par contre, il ne peut faire intervenir les forces armées et polices étrangères dans un conflit interne sauf en cas de putsch⁵. Durant cette période, il lui interdit de réviser la Constitution⁶. Cela est valable pour le président par intérim⁷, il ne peut être candidat à l'élection qu'il organise, il n'a pas le pouvoir de nomination et de révocation aux emplois civils et militaires comme l'aurait le président de la République. Il ne peut dissoudre le parlement, il ne peut faire application des mesures d'exception. La volonté des constituants a été de confiner le président intérimaire dans des fonctions

¹ Cf. *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, 7^{ème} éd. Dalloz, 197, p.667.

² Lire utilement la plupart des textes constitutionnels des États d'Afrique noire francophone : Bénin (article 51) de la Constitution du 11 décembre 1990, Togo (article 63) de la Constitution révisée du 27 septembre 1992, RDC (articles 96, 97, 98 et 99) de la Constitution du 18 décembre 2006, Burundi (article 101) de la Constitution du 17 mai 2018, Guinée (articles 38 et 39) de la Constitution de 2010, Congo (articles 105 et 81) de la Constitution du 6 novembre 2015.

³ Cf. Article 36 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

⁴ Fall (Ismaila- Madior), « Quelques progrès remarquables du droit constitutionnel africain », *in Démocratie en question, Mélanges en l'honneur du Professeur Theodore Holo*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1, Capitole, 2017, p.271.

⁵ Cf. Article 59 de la Constitution révisée du Burkina Faso adoptée le 2 juin 1991.

⁶ Cf. Article 219 de la Constitution du 18 décembre 2006 de RDC.

⁷ L'intérim entraîne la vacance à la Présidence de la République. « C'est une technique d'aménagement de la continuité juridique du pouvoir garantissant sa permanence alors que la personne physique qui l'incarne est dans l'impossibilité juridique ou matérielle d'exercer ses prérogatives » Voir, Mbodj (El-Hadj), *La succession du Chef de l'État en droit constitutionnel africain*, Thèse de doctorat d'État en Droit, Université Cheick Anta Diop de Dakar, 1991, p.36. Tuekam Tatchum (Charles), *L'intérim du Président de la République dans le constitutionnalisme des États d'Afrique d'expression française*, Thèse de Doctorat/Phd en droit public, Université de Dschang, 2015, 554p. Moubitang (Emmanuel), « La succession constitutionnelle du Président de la République du Cameroun : entre l'intérim et le dauphinat », *Revue libre de Droit*, 2019, p.30.

provisoires afin qu'il n'assume pas le statut constitutionnel d'un président élu¹. L'obligation de respect de la Constitution n'est pas aussi prégnante pour le président de transition. À titre de rappel, la transition démocratique est un processus politique caractérisé par le passage progressif d'un régime non démocratique à une démocratie. C'est que, la période de transition est guidée par la logique du consensus et le désir de sortie de crise².

À l'époque contemporaine, on peut inclure le parlement³, comme gouvernant astreint à l'obligation de respect de la Constitution⁴. Il est assujéti à cette obligation dans l'exercice de ses fonctions⁵. Il est soumis à la même exigence dans ses rapports avec les autres pouvoirs à travers la reddition des comptes. Ainsi, le chef de l'institution à l'obligation de rendre compte de la gestion de l'institution, dont il a la charge aux autres parlementaires et de ses activités et leur fournir toutes les explications qui lui seront demandées. Les parlementaires sont astreints au respect des incompatibilités, à la durée du mandat et à l'interdiction du mandat impératif⁶. Le parlementaire qui démissionne de son parti

¹ Aïvo (Frédéric - Joël), « Le statut constitutionnel du « *Président élu* » en Afrique noire francophone », *Afrilex*, janvier 2019, pp. 1-39.

² Lire les dispositions pertinentes de l'Acte fondamental n°001/CNSP du 24 août 2020 de la République du Mali. Yédoh Sébastien Lath, « La production constitutionnelle en période de crise dans les États d'Afrique : crise du constitutionnalisme ou constitutionnalisme de crise », in *Djedro Francisco Meledje, Martin Bléou et François Komoin (dir.), Mélanges dédiés au Doyen Francis Vangah Wodié*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp.337-359.

³ Kossi (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparé à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo*, Thèse de Doctorat nouveau régime, Université de Lille, 2008, 491p.

⁴ La consécration du contrôle de constitutionnalité par les textes constitutionnels contemporains traduit d'ailleurs la méfiance du constituant à l'égard des lois votées par le parlement. Il est vrai que la théorie constitutionnelle valorise l'idée de la loi, expression de la volonté générale mais, c'est aussi le même acte législatif qui peut être utilisé pour restreindre l'exercice ou la jouissance des droits et libertés. Il est évident que lorsque c'est le parlement qui adopte de tels textes législatifs, on peut valablement le considérer comme un oppresseur. Koubi (Geneviève), « Penser le droit de résistance à l'oppression dans les sociétés démocratiques contemporaines », *op. cit.*, p. 1.

⁵ Il exerce le pouvoir législatif et le contrôle de l'action du gouvernement par la question de confiance, les questions orales avec ou sans débat, les questions écrites, les auditions en commission, les commissions d'enquête et de contrôle, l'interpellation, la motion de censure...

⁶ Lire les textes constitutionnels des États tels que : le Burundi (articles 153, 157 et 154) de la Constitution du 17 mai 2018, la RCA (article 71) de la Constitution du 30 mars 2016, et du Bénin (article 80) de la Constitution du 11 décembre 1990.

en cours de législature est automatiquement déchu de son mandat¹. En période de crise, il interdit au parlement d'initier une révision de la Constitution. Au surplus, les obligations constitutionnelles du parlement de transition sont moins fortes, parce qu'en cette période, il existe une minoration de l'élection et des incompatibilités. La fonction de contrôle du parlement connaît une reconfiguration en période de transition².

Enfin, le pouvoir juridictionnel³ ne saurait rester en marge de l'obligation de respect de la loi fondamentale. L'ensemble des juridictions nationales, à travers leur pouvoir d'interprétation des textes constitutionnels et des normes dérivées, sont astreintes à cette exigence. De façon particulière en tranchant les litiges⁴, et de manière générale à travers la construction de l'État de droit⁵, car cette fonction est soumise au respect de la loi fondamentale⁶. Parlant du juge constitutionnel, il est assujéti à l'obligation juridictionnelle⁷ du respect, à travers sa fonction régulatrice des institutions politiques⁸ et consultatives⁹. Il est soumis à la même exigence en participant à l'œuvre constituante¹⁰, y compris en période

¹ Article 60 de la constitutionnelle n°2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution.

² Bikoro (Jean-Mermoz), « Le parlement de transition en Afrique. Cas des États d'Afrique noire francophone », *les Annales de droit*, 15/2021, varia, consulté en ligne le 27 avril 2023.

³ Hourquebie (Fabrice), *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Cool. Systèmes, 1^{ère} éd., 2010, 212p.

⁴ D'ambra (Dominique), *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle de droit privé Tome 236 », 1994, 339p.

⁵ Mborantsuo (Marie-Madeleine), *La contribution des cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 336p. Ahanhanzo- Glélé (Maurice), « Pour un État de droit en Afrique », in *Mélanges offerts à Pierre François Gonidec, L'État, moderne Horizon 2000, aspects interne et externe*, Paris, LGDJ, 1985, pp.181-193.

⁶ Lire les textes constitutionnels des États tels que : le Burundi (articles 48 et 231) de la Constitution du 17 mai 2018, la RCA (article 95) de la Constitution du 30 mars 2016, et de Djibouti (article 75) de la Constitution du 4 septembre 1992.

⁷ Kelsen (Hans), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1927, pp.250-255.

⁸ Narey (Oumarou), « La régulation du fonctionnement des institutions par le juge constitutionnel », (Dir), *Magloire Ondoa et Patrick Edgard Abane Engolo, Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Actes du colloque organisé à l'Université de Yaoundé II, les 19 au 20 janvier 2017, pp.35-59. Mede (Nicaise), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *A.I.J.C.*, 2007, pp.9-23

⁹ Bikoro (Jean-Mermoz), *La fonction consultative des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone*, L'Harmattan, 2021, 240p.

¹⁰ Andzoka Atsimou (Severin), « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant », *RFDC*, 2017/2, n°110, pp.279-316.

de crise par ce qu'il est convenu de qualifier de « *justice para constitutionnelle* »¹. Les gouvernants ne sont pas les seuls astreints au devoir de révérence à la norme fondamentale, les gouvernés également le sont.

2- L'assujettissement des gouvernés à l'obligation de respect

La volonté d'approfondir l'État de droit a conduit les constituants africains à inclure les gouvernés parmi les acteurs soumis à l'obligation de respect de la Constitution. Pour rappel, le gouverné est considéré comme toute personne sur qui s'exerce le pouvoir politique. C'est à juste titre que Francis Delpéré souligne que : « *la Constitution est aussi une règle de conduite pour les gouvernés...* »². À l'analyse des textes constitutionnels, les gouvernés-personne physique et morale sont assujettis à l'obligation de respect de la loi fondamentale.

Le citoyen ordinaire est assujetti à une série d'obligations. Il lui est prescrit de respecter l'environnement³ cela suppose qu'il a le devoir de participer à la qualité de la vie en matière environnementale à travers un comportement civique. Il a l'obligation de respecter la souveraineté de l'État, cela implique qu'il doit défendre sa nation en s'acquittant du service national lorsqu'il est requis. Par ailleurs, le citoyen ordinaire doit s'acquitter de ses obligations fiscales⁴ par la déclaration des impôts et taxes, car la contribution aux charges publiques constitue un devoir pour tous⁵. Le citoyen ordinaire est soumis au respect de la Constitution par des proscriptions. Il lui est interdit de pratiquer la discrimination⁶. En effet, le citoyen ordinaire a le devoir de respecter et de considérer son semblable sans distinction

¹ Sobze (Serge-François), « Émergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne », *RCC*, 2022, n°7, pp.9-69.

² Delpéré (Francis), « Les rayons et les ombres de la Constitution », *RFDC*, n°103, 2015, p.584.

³ Kamto (Maurice), *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, AUPELF/Edicef, 1996, p.77.

⁴ Pekassa Ndam (Gérard-Martin), « L'obligation déclarative en droit fiscal camerounais », *Études offertes au Professeur Paul Gérard Pougoué, sous la coordination des Professeurs François Anoukaha et Alain Didier Olinga, L'obligation*, Cameroun, Harmattan, 2015, pp.796-806. RDC (article 65) de la Constitution du 18 décembre 2006, Burkina Faso (article 17) de la Constitution révisée du 2 juin 1991.

⁵ RDC (article 174) de la Constitution du 18 décembre 2006.

⁶ Bénin (article 36) de la Constitution du 11 décembre 1990, RDC (article 66) de la Constitution du 18 décembre 2006, Côte d'Ivoire (article 4) de la Constitution du 9 novembre 2016.

de sexe, d'ethnie, de clan, de tribu, de religion afin de renforcer la cohésion sociale et la tolérance réciproque. Il doit respecter les biens publics'étant entendu que ces derniers ont un caractère sacré. Il ne doit poser aucun acte de sabotage, de vandalisme, de corruption. Il ne peut utiliser une partie du territoire national comme base de départ des activités terroristes contre son État ou tout autre État². L'interdiction du terrorisme est un gage contre radicalisme et l'intégrisme religieux.

Le citoyen agent public est aussi assujetti à l'obligation de respect de la Constitution à travers la prescription de loyauté, de transparence et de performance dans l'exercice de ses fonctions quotidiennes. Il est comptable de son activité et doit respecter le principe de neutralité du service public. Il ne doit user de ses fonctions à des fins autres que l'intérêt général³. En outre, les agents publics⁴, personnalités élues⁵ou tout membre d'un organe constitutionnel⁶sont interdits de corruption ou de dilapidation des deniers publics. La pertinence de cette interdiction constitutionnelle réside en ce que ces agents publics sont les dépositaires du pouvoir, ils sont en situation de responsabilité au sein de l'État, et gestionnaires des crédits⁷mais, cette option ne peut se réaliser que s'il existe une réelle volonté politique. Le doute est permis, au regard de la multiplication des actes de corruption et de détournement de deniers publics, qui plombent le développement des États africains⁸.

¹ Tchad (article 54) de la Constitution du 4 mai 2018, Bénin (article 37) de la Constitution du 11 décembre 1990, RDC (article 67) de la Constitution du 18 décembre 2006, Burundi (article 69) de la Constitution du 17 mai 2018.

² RDC (article 52) de la Constitution du 18 décembre 2006.

³ Guinée (article 26) de la Constitution de 2010, RDC (article 193) de la Constitution du 18 décembre 2006, Burkina Faso (article 19) de la Constitution révisée du 2 juin 1991, Côte d'Ivoire (article 45) de la Constitution du 9 novembre 2016.

⁴ Togo (articles 21 et 46) de la Constitution révisée du 27 septembre 1992, RCA (article 1er) de la Constitution du 30 mars 2016.

⁵ Congo (article 56) de la Constitution du 6 novembre 2015.

⁶ Bénin (article 66) de la Constitution du 11 décembre 1990.

⁷ Fandjip (Olivier), « L'évolution des droits des usagers face à l'administration dans les États d'Afrique francophone à l'aune de la charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration », *Revue Solon*, n°24/2021, pp.7-45.

⁸ Engoutou (Jean-Luc), « Le droit à une bonne administration. Étude à partir des cas des États d'Afrique francophone et anglophone », *RIDC*, 4-2022, pp.912-942.

Le citoyen militaire est tenu de respecter la Constitution et les règles juridiques¹édictées par les pouvoirs publics. Il est soumis à l'obligation de respecter les valeurs constitutionnelles²et le territoire³. Il est assujetti à l'obligation de neutralité politique, de la souveraineté du peuple et des droits et libertés en toutes circonstances. Cela inclut l'obligation de subordination de l'armée vis-à-vis du politique de plus, il se doit d'être professionnel, non partisan, car sa mission principielle est de garantir l'intégrité du territoire ainsi que la sécurité des populations contre toute agression ou menace extérieure ou intérieure, dans le respect de la norme fondamentale⁴. Le citoyen militaire est au service de la Nation, il ne doit s'identifier à aucun groupe terroriste, il lui est proscrit des coups de force militaire⁵. Les citoyens étrangers, c'est-à-dire les exilés et non exilés, sont assujettis au respect de la Constitution⁶. Il leur est interdit d'entreprendre toute activité subversive contre leur pays d'origine ou contre tout autre pays à partir du pays qui les accueille.

Les gouvernés-personne morales sont en outre assujetties à l'obligation de respect de la loi fondamentale. Au rang de ces personnes morales, il convient d'évoquer les partis politiques qui contribues à l'expression du suffrage des citoyens⁷par la mise en œuvre de la dévolution électorale du pouvoir énoncé dans

¹ L'ordre juridique est constitué du droit et des droits. Le premier renvoie à l'ordre juridique objectif et le second à l'ordre juridique subjectif. Fandjip (Olivier) et Ngango Youmbi (Eric), « Les obligations du citoyen dans les Constitutions des États francophones d'Afrique », *op.cit.*, p.11.

² Ngango Youmbi (Eric), « Valeurs et Constitutions en Afrique : étude à partir de quelques Constitutions africaines », *RRJ*, n°1/2021, p.333-372.

³ Atangana Amougou (Jean-Louis), « Le territoire dans les Constitutions africaines », *Horizons du droit, Revue de l'association française des docteurs en droit*, n°24/2021, p.53.

⁴ RCA (article 27) de la Constitution du 30 mars 2016, Togo (article 49) de la Constitution révisée du 27 septembre 1992, Guinée (article 26) de la Constitution de 2010.

⁵ Au Burkina Faso, les autorités militaires ont enfreint l'ordre constitutionnel. En effet, le président démocratiquement élu Roch Marc Christian Kaboré a été renversé par un coup d'État du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR), sous la direction du lieutenant-colonel Paul-Henri Sandoaga Damiba, commandant de la troisième région militaire. Le président Kaboré a été détenu et contraint de démissionner.

⁶ Bénin (article 37) de la Constitution du 11 décembre 1990, Côte d'Ivoire (article 4) de la Constitution du 9 novembre 2016, RDC (article 32) de la Constitution du 18 décembre 2006.

⁷ Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun*, Yaoundé, Presses Universitaire du Cameroun, 2021, p.504. L'auteur affirme que « C'est la seule mission qui leur est assignée par la Constitution. La déclaration courante selon laquelle les partis politiques doivent contribuer à la formation de leurs membres et de l'opinion, aider le

la Constitution et, en pratique, ils sont un rouage incontournable dans le fonctionnement de la démocratie libérale¹. Dans ce sens, la loi suprême de Djibouti dispose que : « *les partis politiques... exercent leur activité librement dans le respect de la Constitution...* »². En rapport avec l'obligation de respect de la loi fondamentale, on peut en déduire d'abord, le respect des principes démocratiques : cette exigence devrait concerner le fonctionnement interne des partis politiques. Ensuite, le respect de la souveraineté nationale qui suppose qu'un parti politique dont les activités porteraient atteinte à la souveraineté manquerait à l'une de ses obligations constitutionnelles. L'atteinte de la souveraineté nationale s'entend généralement de l'intelligence avec une puissance étrangère au détriment des intérêts du pays. Enfin, le respect de l'unité nationale voudrait dire qu'un parti politique qui prônerait la division et la haine ethnique pratiquerait ouvertement le tribalisme et la discrimination régionale, religieuse ou linguistique violerait cette obligation de respect de l'unité nationale. Cette obligation constitue un des principes fondamentaux du constitutionnalisme africain³. En tout état de cause, les partis politiques sont soumis à l'obligation de respect de la loi fondamentale. Toutefois, le constitutionnalisme africain ancien¹ et

gouvernement par des propositions concrètes, mener des actions de développement et assister les populations relèvent du discours politiques visant généralement les partis politiques d'opposition qui ne sont pas en capacité de gouverner... ».

¹ *Idem.*

² Djibouti (article 6) de la Constitution du 4 septembre 1992. Au-delà de ce cas singulier, il est possible d'en citer d'autres : RDC (article 6) de la Constitution du 18 décembre 2015, Togo (article 7) de la Constitution révisée du 27 septembre 1992, RCA (article 31) de la Constitution du 30 mars 2016, Burundi (article 78) de la Constitution du 17 mai 2018, Bénin (article 5) de la Constitution du 11 décembre 1990.

³ Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun, op.cit.*, p.505.

¹ Par le passé, les partis politiques se sont souvent, pour des raisons légitimes ou non, transformés en mouvement insurrectionnel dans le contexte des indépendances et des luttes pour le pouvoir ou contre un ordre injuste. Pour ce limité au cas camerounais, on peut évoquer l'Union des Populations du Cameroun (UPC).

ancien¹ et nouveau² est souvent révélateur des pratiques des dirigeants des partis politiques contraires à la Constitution³.

Sur le continent africain, la chefferie traditionnelle est astreinte à l'obligation de respect de la Constitution. Il lui est prescrit le respect des us et coutumes⁴. Il est interdit au chef traditionnel de participer à la spoliation des terres communautaires. Enfin, les entreprises nationales et internationales ont l'obligation de respecter la Constitution de manière générale, et particulièrement la législation en vigueur en matière de protection de l'environnement. Elles sont tenues de protéger la santé humaine et de contribuer à la sauvegarde ainsi qu'à l'amélioration de l'environnement⁵. Ces entreprises sont soumises aux interdictions telles que, le transit, l'importation, le stockage, le déversement sur le territoire d'État des déchets toxiques ou polluants⁶. En substance, les gouvernants et les gouvernés sont assujettis à l'obligation d'estime à l'égard de la norme fondamentale, mais en cas de non-respect, l'ordre constitutionnel a prévu une criminalisation des atteintes.

¹ Par le passé, les partis politiques se sont souvent, pour des raisons légitimes ou non, transformés en mouvement insurrectionnel dans le contexte des indépendances et des luttes pour le pouvoir ou contre un ordre injuste. Pour ce limité au cas camerounais, on peut évoquer l'Union des Populations du Cameroun (UPC).

² Il faut constater aujourd'hui que les lendemains des élections se caractérisent de plus en plus par la contestation de l'ordre juridique et politique, symbolisée par les auto-proclamations. C'est le cas de Jean Ping au Gabon, de Martin Fayulu en RDC, de Maurice Kamto au Cameroun, de Konan Bedie et de Pascal Affi N'guessan en Côte d'Ivoire.

³ DCC 13-071 du 11 juillet 2013, serge Prince Agbodjan. Le juge déclare « contraire à la Constitution l'attitude des membres d'un parti politique qui envisageaient de manifester au siège de la juridiction à l'issue de présidentielle de 2011 pourtant la haute juridiction avait vidé le contentieux ».

⁴ Dounian (Aimé), « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *Jus Politicum*, numéro 28, juillet 2022, p.239.

⁵ Article 37 de la Constitution du Niger du 25 novembre 2011.

⁶ Guinée (article 17) de la Constitution de 2010, Bénin (articles 28 et 29) de la Constitution du 11 décembre 1990.

B- La criminalisation des atteintes à la Constitution

Le caractère révolutionnaire de l'obligation de respect se traduit par la criminalisation des atteintes à la loi fondamentale. L'option a été faite en faveur de la diversification des infractions(1) et des juges (2) pour les connaître.

1- La diversification des infractions

La rupture entre l'ancien et le nouveau constitutionnalisme africain s'apprécie fondamentalement à l'aune du règne du droit dans l'encadrement des atteintes à la norme fondamentale. Elle se matérialise par une diversité d'infractions pouvant être commise par les gouvernants et les gouvernés.

Les infractions politiques sont de plusieurs ordres au rang desquelles, on peut citer la haute trahison¹. Elle peut être considérée comme un manquement aux devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice du mandat des titulaires du pouvoir politique. Les éléments constitutifs de cette infraction sont entre autres la violation du serment présidentiel ou de la cession d'une partie du territoire national. Il s'agit d'une infraction politique dont la mise en accusation des auteurs doit faire l'objet d'un vote à la majorité des deux tiers du parlement réuni en congrès². La haute trahison est punie soit d'un emprisonnement à vie³, soit alors d'une déchéance⁴, soit encore d'une détention criminelle a temps de

¹ Bénin (article 74) de la Constitution du 11 décembre 1990, RDC (articles 164, 165) de la Constitution du 18 décembre 2015, Tchad (article 157) de la Constitution du 4 mai 2018, Sénégal (article 101) de la Constitution du 7 janvier 2001, Gabon (article 7) de la Constitution révisée du 26 mars 1991, Côte d'Ivoire (article 157) de la Constitution du 9 novembre 2016, Mali (article 95) de la Constitution du 27 février 1992, Burundi (article 117) de la Constitution du 17 mai 2018, Djibouti (article 84) de la Constitution du 4 septembre 1992, RCA (article 124) de la Constitution du 30 mars 2016.

² Au Niger, il y a eu tentative de mise en accusation du président de la République Mahamadou Issoufou pour haute en novembre 2015. Dans le même pays, par l'arrêt n°007/CC/MC du 22 mai 2014, la Cour constitutionnelle déclare que le président de la République a « *violé son serment et qu'il doit être mis en accusation pour haute trahison* ».

³ Loi n°025-2018/AN portant Code pénal du Burkina Faso.

⁴ Article 167 de la Constitution de RDC du 18 décembre 2005.

cinq ans a dix ans et de cinq années d'inéligibilités¹des titulaires du pouvoir politique. La seconde infraction politique est celle de l'outrage au Parlement. Il y a outrage, lorsque sur des questions posées par l'une ou l'autre chambre sur l'activité gouvernementale, le Premier ministre ne fournit aucune réponse dans un délai d'un mois². Ces infractions ont pour conséquence la mise en œuvre de la responsabilité pénale des gouvernants³, elle est le fondement de la démocratie⁴.

Les délits électoraux font également partie des infractions politiques et sont considérés comme une « *grande avancée pour la démocratie en Afrique noire francophone* »⁵, car la période électorale est encore très mouvementée dans ce continent⁶. C'est durant cette période qu'on enregistre très souvent des cas de violences, de fraudes et de contestations qui entraînent parfois les États vers le chaos⁷. Les législations ont donc tenu à pénaliser les infractions susceptibles d'être commises aussi bien par les gouvernants que par les citoyens pendant la consultation électorale. Il s'agit des délits électoraux⁸. En effet, est constitutif de fraudes électorales, le fait de s'inscrire sur les listes électorales sous une fausse identité ou qui, en se faisant inscrire, dissimule qu'il est condamné à une peine privative de liberté. La corruption et la violence en matière électorale, ainsi que celui qui au cours d'une élection, ou à l'occasion d'une

¹ Article 242 de la loi n°2018-16 portant Code pénal du Bénin.

² RDC (articles 167, 165) de la Constitution du 18 décembre 2005.

³ Aïvo (Frédéric-Joël), « La responsabilité pénale des gouvernants dans les régimes politiques africains d'influence française », *RBDC*, n°23, 2009, p.172. Ouro-Bodi (Ouro-Gnaou), « La responsabilité des titulaires du pouvoir politique dans les pays d'Afrique noire francophones », *Afrilex*, novembre 2018, 29p.

⁴ Bidegaray (Christian), « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie », *Pouvoirs*, n°92, 2000, pp. 5-16.

⁵ Kokoroko (Dodzi), « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n°129, 2009, p.115.

⁶ Du Bois de Gaudusson (Jean), « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de transition en Afrique et en Europe », In, *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 338.

⁷ Donfack Sokeng (Léopold), « Droit constitutionnel et les crises en Afrique », *Solon*, vol.3, n°5, 2011, p. 74.

⁸ Articles 122 et 123 de la loi pénale camerounaise de 2016.

élection a acheté ou tenté d'acheter de même que celui qui a vendu ou tenté de vendre un suffrage à un prix quelconque sont privées de leur droit de vote, d'élection et d'éligibilité¹. Le port d'arme en période électorale, hors mis les agents de forces de défense et de sécurité et plus généralement les agents publics, en mission le jour du scrutin, l'entrée dans le bureau de vote avec une arme est interdite. Le délinquant sera puni d'une amende allant jusqu'à cinq cent mille et d'une peine d'emprisonnement ne pouvant dépasser deux ans².

Parlant des infractions militaires, il faut noter la criminalisation des changements anticonstitutionnels de gouvernement³, des atteintes à l'ordre constitutionnel⁴, des attentats contre la Constitution⁵, et le terrorisme⁶. Ces infractions peuvent être qualifiées de militaires soit parce qu'elles sont commises par les forces de défense, soit elles sont perpétrées à l'aide des armes. En effet, le coup d'État se traduit par la mise à l'écart du mode démocratique d'accession au pouvoir pour faire prévaloir le recours à la force. C'est un truisme d'affirmer que les auteurs de putsch sont peu enclins au respect des exigences de l'État de droit. C'est ainsi que la Constitution centrafricaine dispose que « *l'usurpation de la souveraineté par coup d'État, rébellion, mutinerie ou tout autre procédé non démocratique constitue un crime imprescriptible contre le peuple centrafricain* »¹.

¹ Article 242 de la loi n°2018-16 portant Code pénal du Bénin.

² Article 253 de la loi n°2018-16 portant Code pénal du Bénin.

³ L'actualité africaine renseigne sur les changements contraires à l'ordre constitutionnel à l'instar du Mali, du Burkina Faso, de la Guinée et du Tchad, et deux tentatives de coup d'État au Niger et en Guinée-Bissau. Lire utilement Sidibé (Adja), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement en Afrique*, Universitaires Européennes, 2018, 278p.

⁴ Loi 2017-01 du 8 mai 2017 portant Code pénal du Tchad. Article 101 : « *Est puni de l'emprisonnement de vingt à trente ans quiconque commet un acte constitutif d'un attentat dont le but est, soit de détruire ou de changer le régime constitutionnel, soit d'inciter les citoyens ou habitants à s'armer contre l'autorité de l'État...* »

⁵ « *Constitue un attentat à la Constitution, tout comportement violant la Constitution et les principes ou tout manquement, en contravention grave avec les valeurs démocratiques et républicaines. Il est puni d'une peine d'emprisonnement de 21 ans à 30 ans...* » Article 321-2 de la loi n°025-2018/AN portant Code pénal du Burkina Faso.

⁶ Au Cameroun, la loi n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme. Au Mali la loi n°08-025 du 23 juillet 2008 portant répression du terrorisme. Pour un approfondissement lire, Olinga (Alain-Didier), (Dir.), *Justice militaire et lutte contre le terrorisme au Cameroun*, L'Harmattan, 2022, 225p.

¹ Article 28 de la Constitution du 30 mars 2016

centrafricain »¹. Sans être exhaustive, une disposition analogue est prévue au Bénin². Le caractère lacunaire de ces textes est qu'ils ne criminalisent pas directement, le recours au coup d'État comme voie d'accès au pouvoir³. Ce qui est certain, c'est la volonté de réprimer le recours au coup d'État⁴. L'activité de terrorisme se caractérise par trois éléments à savoir, les actes de violence de nature à provoquer la mort ou à causer des dommages corporels graves ; la préparation coordonnée des efforts ; enfin, le but poursuivi qui est de créer la terreur dans le public⁵. Le terrorisme est généralement puni d'une peine de mort.

Les constituants africains⁶ ont tenu à criminaliser les infractions économiques dans le but de respecter la loi fondamentale. Au rang de ces infractions, il y a l'atteinte à l'honneur ou à la probité⁷ lorsque le comportement personnel du président de la République ou du Premier ministre est contraire aux bonnes mœurs ou qu'ils sont reconnus auteurs, co-auteurs ou complices de malversations, de corruption. Le délit d'initié⁸ quant à lui existe lorsque le

¹ Article 28 de la Constitution du 30 mars 2016

² Lire l'article 66 de la Constitution du 11 décembre 1990.

³ Ce propos mérite d'être relativisé. L'acte constitutif de L'Union africaine, adopté par les Chefs d'État et de gouvernement de l'OUA le 11 juillet 2000 à Lomé, énonce parmi les 16 principes énumérés à l'article 4, le suivant : « *Condamnation et rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement* ». S'agissant des sanctions prévues en cas de changement anticonstitutionnel de gouvernement, l'article 30 du Protocole relatif au Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine stipule que « *les Gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union* ». V. Mpiana Kazadi (Joseph), « L'union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue Québécoise de droit international*, vol.25-2, 2012, pp.101-141.

⁴ Précisons que certains coups d'État sont salvateurs et parfois même célébrés par le peuple, bien que cela soit proscrit par la Constitution. C'est le cas du Mali et du Niger. Certains coups d'État ont pour but de restaurer l'ordre et par conséquent l'autorité de la Constitution. Quoi qu'il en soit, la prise de pouvoir par la force est très souvent sanctionnée par les organisations internationales régionales et sous régionales. Des sanctions détaillées sont énumérées à l'article 25 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance. Elles vont des mesures concernant les auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement, qui peuvent même être traduits devant la juridiction compétente de l'Union africaine, aux sanctions à l'encontre de tout État partie qui fomenté ou soutient un tel changement de gouvernement.

⁵ Guillaume (Gilbert), « Le droit international et le terrorisme », *RCADI*, 1989, tome 215, pp.304-306.

⁶ Sans que les exemples ne soient limitatifs, on peut citer l'article 37 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, l'article 54 de la Constitution révisée tchadienne du 4 mai 2018, l'article 46 de la Constitution révisée togolaise du 27 septembre 1992.

⁷ RDC (article 165) de la Constitution du 18 décembre 2015.

⁸ Bénin (articles 75 et 76) de la Constitution du 11 décembre 1990.

président de la République ou le Premier ministre effectue des opérations sur les valeurs immobilières ou sur marchandises à l'égard desquelles il possède des informations privilégiées et dont il tire profit avant que ces informations soient connues du public. Le délit d'initié englobe l'achat ou la vente d'actions fondées sur des renseignements qui ne seraient jamais divulgués aux actionnaires. La corruption et le conflit d'intérêts sont constitutifs des infractions suscitées. Les auteurs peuvent être suspendus de leurs fonctions en cas de mise en accusation et s'ils sont reconnus coupables, ils seront déchus de leurs charges.

La criminalisation de ces infractions est pertinente dans le monde actuel où l'exigence de bonne gouvernance est érigée en principe constitutionnel¹. L'obligation de respect des biens publics n'est pas fortuite, il est souvent reproché aux États africains un niveau élevé de corruption². Il en résulte une pratique de male gouvernance qui ne met point à l'abri les pouvoirs publics. Il est récurrent que les scandales à soubassement financiers, notamment, traversent la gouvernance des États africains³. Ces raisons suffisent pour que les gouvernants et gouvernés soient astreints à l'obligation de respect des biens publics, et partant de la norme fondamentale.

Enfin, les constituants africains ont en outre criminalisé des infractions ordinaires relatives à l'exercice des droits civiques⁴, et des infractions contre

¹ Kamto (Maurice), *Traité de Droit constitutionnel et Institutions Politiques du Cameroun, op.cit.*, p.742.

² À titre d'illustration, l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) rendu public par *Transparency International* au cours du mois d'octobre 2022 est assez édifiant. Sur les 178 pays, les pays africains à l'instar du Cameroun, du Gabon, du Sénégal, du Bénin occupent les dernières places de ce classement de IPC. Cf. www.transparency.org/ipc. Consulté le 27-10-2022.

³ Au Sénégal, le scandale financier mettant aux prises le président Wade qui a remis une mallette d'argent d'une valeur de 90 millions de Francs CFA à l'ex-fonctionnaire du Fonds Monétaire International (FMI), M. Alex Ségura en partance du Sénégal, a agité la sphère politico-médiatique entre septembre 2009 et janvier 2010. V. Boibouvier (Christophe), « Sénégal-FMI : petits cadeaux entre amis... », *Jeune Afrique*, en date du 19 octobre 2009. Au Bénin, au cours du deuxième semestre de l'année 2010, le président Thomas Yayi Boni est cité au cœur d'un scandale financier mêlant son ancien ministre des finances et d'autres personnalités publiques dans l'affaire dite « ICC-Services ». À cet effet, voir le quotidien *Le matinal* en date du 5 juillet 2010.

⁴ Articles 101, 102, 106 et 107 de la loi n°74-13 du 24 juin 1974 révisée portant Code pénal du Sénégal, articles 243, 244, 246, 247 et 268 de la loi n°2018-16 portant Code pénal béninois.

l'environnement¹. En tout état de cause, toutes les infractions suscitées ne peuvent être sanctionnées que par divers juges.

2- La diversification des juges garants de l'obligation de respect

Plusieurs juridictions contribuent à la garantie du respect de la norme fondamentale. L'originalité du nouveau constitutionnalisme africain réside dans l'attribution de la compétence pénale aux juridictions constitutionnelles². Leur champ de compétence s'est étendu progressivement, elles sont même parfois considérées par les textes constitutionnels comme le juge pénal des gouvernants³. C'est le cas en RDC où la Constitution dispose que : « *La Cour Constitutionnelle est la juridiction pénale du Chef de l'État et du Premier ministre...* »⁴. Dans cette logique, la juridiction constitutionnelle affirme sa compétence à juger l'ancien Premier ministre Augustin Matata Ponyo⁵ pour détournement de fonds destinés au parc agro-industriel de Bukanga Lonzo. Le cas de ce pays n'est pas singulier en Afrique⁶. De manière générale, les Constitutions se contentent de prévoir les infractions et d'identifier la juridiction compétente, sans préciser le contenu de la sanction encourue par celui qui les commet.

¹ Bénin (article 25) de la Constitution du 11 décembre 1990, RDC (article 55) de la Constitution du 18 décembre 2005, Côte d'Ivoire (article 40 alinéa 1) de la Constitution du 9 novembre 2016.

² Bikoro (Jean -Mermoz), « La compétence pénale des juridictions constitutionnelles dans les États d'Afrique noire francophone », *RIDC*, 2021, pp. 201-235.

³ Monembou (Cyrille), « La responsabilité pénale du président de la République dans les États d'Afrique noire francophone », in *RCC* n°6, 2021, pp.83-109.

⁴ Article 16 de la Constitution de la Constitution du 18 décembre 2005. D'autres textes constitutionnels se contentent par contre d'inclure les membres de la juridiction constitutionnelle au sein de la Haute Cour de Justice. C'est le cas de l'article 135 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée et l'article 239 de la Constitution du Burundi du 07 juin 2018.

⁵ Décision du 18 novembre 2022.

⁶ La Cour constitutionnelle sud-africaine a condamné l'ex-président de la République Jacob Zuma à quinze mois de prison pour outrage à la justice après son refus de comparaitre devant la commission anticorruption, lui ordonnant de se rendre dans les cinq jours.

En période de crise, la justice para constitutionnelle¹ est garante de l'obligation de respect de la loi fondamentale. Cette juridiction de crise sanctionne les actes des autorités politiques contraires à la Constitution. La décision du juge constitutionnel burkinabè rendue le 18 mars 2022 relative à l'exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du Code pénal relève la continuité de la fonction de ce juge en période de crise. Il procède par des motivations intéressantes, en rappelant que le coup d'État constitue une infraction d'attentat en un changement par la violence d'un régime légal, prévue et punie par l'article 313-1 et suivant du Code pénal ; que cette décision consacre la prise de pouvoir par la force comme mode constitutionnel de dévolution du pouvoir ; qu'elle rend par conséquent les articles suscités du Code pénal contraire à la Constitution².

La Haute Cour politique³ contribue à garantir l'obligation de respect de la Constitution. Il s'agit d'une juridiction qui connaît des infractions des gouvernants principalement. Elle est souvent présentée comme juridiction politique⁴. Elle l'est tant au regard de sa compétence *ratione personae* que de sa compétence *ratione materiae*. Du point de vue de sa compétence *ratione personae*, il lui appartient de juger le président de la République, le Premier ministre, les autres membres du Gouvernement et assimilés, les hauts responsables de l'administration ayant reçu délégation de pouvoirs. Du point de vue de sa compétence *ratione materiae*, les Hautes cours politiques ne peuvent juger ces hautes personnalités et hauts

¹ Sobze (Serge-François), « Émergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne », *RCC*, 2022, n°7, pp.9-69.

² Décision n°2022-004/CC sur la dévolution des fonctions de président du Faso. (Considérant n°3).

³ Lair (Emile-Adolphe), *Des hautes cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du président de la République et des ministres*, Paris, Librairie des écoles françaises d'Athènes et de Rome du collège de France et de l'école normale supérieure de la société d'étude historique, 1889, 429p. Une juridiction peut être qualifiée de spéciale ou de politique lorsque sa composition intègre d'une part, les membres du Parlement, et le chef du pouvoir exécutif d'autre part qui détiennent le monopole de sa saisine. Selon une certaine doctrine, les qualificatifs de spécial ou de politique parlant de la haute cour de justice sont erronés. V. Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun*, *op.cit.*, p.733.

⁴ Larrieu (Jean), « De quelques constantes de la justice politique française depuis la révolution », *RSC* 1987, p.801.

responsables de la République que pour certains actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions généralement qualifiées d'infractions politiques en ce qu'elles portent atteintes non pas exclusivement aux personnes ou aux biens, fussent-ils publics, mais aux intérêts supérieurs ou vitaux de l'État et de la Nation¹. Elle n'est pas à proprement parler une juridiction nouvelle dans le paysage institutionnel africain, car toutes les Constitutions l'ont prévue et ont aménagé les compétences depuis 1960².

La nature politique de la Haute Cour politique est perceptible à l'organe de jugement qui est une pure émanation du Parlement³. En vérité, masquée par des artifices introduits dans la procédure⁴, l'action du Parlement va au-delà de la mise en accusation, elle s'exerce sur la commission d'instruction et le ministère public parce que la résolution de mise en accusation votée par le Parlement détermine l'intervention de chaque organe. Jean Foyer dit à propos que « *la résolution de mise en accusation, votée par le Parlement à un effet plus énergique que le réquisitoire de droit commun* »⁵. Au regard d'une telle procédure, il en découle que le ministère public n'est pas compétent pour mettre en mouvement les poursuites devant la Haute Cour politique⁶, elle se contente de transmettre la résolution de mise en accusation votée par les membres du Parlement. Du point de vue pratique, les cas de procès de dirigeants pour haute trahison sont rares

¹ Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun, op.cit.*, p.730.

² Voir dans ce sens l'article 135 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, l'article 78 de la Constitution révisée gabonaise du 26 mars 1991, l'article 156 de la Constitution ivoirienne du 9 novembre 2016, et l'article 101 de la Constitution sénégalaise du 7 janvier 2001.

³ Cette affirmation mérite néanmoins d'être relativisée, car au Bénin la Haute Cour de Justice est composée de la Cour constitutionnelle, et de la Cour suprême... Lire l'article 135 de la Constitution du 11 décembre 1990.

⁴ Ouedraogo (Djibrihima), « Les droits fondamentaux de procédure devant les hautes cours de justice en Afrique francophone », *RCC* n°6, 2021, pp.127-177.

⁵ Voir Foyer (Jean), « Haute Cour de Justice », *Encyclopédie, Dalloz. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, jurisprudence générale* 2^{ème} éd, 1968, n°46, tome3, p.6.

⁶ Ce raisonnement ne pourrait se généraliser à tous les États objet de l'étude, car certains d'entre eux n'en disposent pas.

dans les États d'Afrique noire francophone¹. Une étude empirique des cas du Niger² et du Burkina Faso³ démontre que cette juridiction fonctionne.

Enfin, les juridictions militaires⁴ et ordinaires⁵ sont également compétentes pour sanctionner les atteintes aux obligations constitutionnelles par les gouvernants et les citoyens⁶. Pour les premières, elles connaissent des infractions commises par les membres des forces de défense et de la police nationale, ainsi que des civils qui commettent des infractions militaires. Les secondes quant à elles sont composées du juge pénal, le juge des comptes et le juge spécialisé en matière de détournement de deniers publics. Les juridictions de droit commun sont compétentes pour des infractions perpétrées par les gouvernants en dehors de l'exercice de leurs fonctions et dont ils sont pénalement responsables⁷. Il s'agit là d'une protection pénale de la Constitution⁸. En matière électorale, on observe que dans la pratique électorale africaine, les peines pénales n'exercent pas le rôle dissuasif escompté par les législations. Les infractions aux dispositions du Code pénal se multiplient d'une élection à une autre devant des candidats et des électeurs impuissants, face à la complicité

¹ Narey (Oumarou), « Les privilèges de juridiction des membres de l'exécutif se justifient-ils dans les démocraties contemporaines ? », in *RCC* n°6, 2021, pp.179-196.

² Deux cas méritent d'être évoqués ici, le premier fait référence à la tentative de mise en accusation du président de la République Mahamadou Issoufou pour haute trahison en novembre 2015 devant la Haute Cour de Justice. Le second, met en évidence l'arrêt n°007/CC/MC du 22 mai 2014, dans lequel la Cour constitutionnelle déclare que le président de la République a « violé son serment et qu'il doit être mis en accusation pour haute trahison par l'Assemblée nationale et jugée par la Haute Cour de Justice ».

³ Les événements d'octobre 2014 ont entraîné le départ du pouvoir du président de la République Blaise Compaoré. Ce changement donnera un souffle nouveau au dispositif constitutionnel relatif à la responsabilité des dirigeants politiques. Ce renouveau se décline à travers la révision de la loi organique sur la Haute Cour de Justice et la mise en accusation de certains responsables du pouvoir déchu.

⁴ Article 156 de la Constitution de RDC du 18 décembre 2005.

⁵ Article 126 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

⁶ Desaulnay (Olivier), *L'application de la Constitution par la cour de cassation*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Vol.84, 2009, pp.330 et s.

⁷ Au Mali, la Cour d'Assises de Bamako réunie depuis le 26 novembre 1992 condamne à la peine capitale l'ancien président Moussa Traoré et trois de ses proches pour coups et blessures, meurtres et assassinats. Ces faits concernent la répression des manifestations en faveur de la démocratie en 1991.

⁸ Lamy (Bertrand), « Droit pénal constitutionnel », *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/4 n°4, pp.899-919.

manifeste ou à l'inertie coupable de ceux qui doivent appréhender leurs auteurs et leurs complices et les placer sous-main de justice¹.

L'obligation de respect de la Constitution est exaltée dans le constitutionnalisme africain parce qu'elle est adressée à plusieurs destinataires et qu'elle fait l'objet d'une criminalisation, mais en pratique cette obligation reste déficitaire.

II- La concrétisation déficitaire de la soumission à l'obligation de respect de la Constitution

Le constitutionnalisme de la troisième vague²n'a pas réussi à endiguer les pratiques contraires à la loi fondamentale, au point où le constat de la crise de la normativité de la Constitution³reste d'actualité. Il se dégage, en effet, un déphasage important entre la consécration et la concrétisation de l'obligation de respect de la Constitution. Une démarche pertinente suggère d'examiner la traduction (A) et la justification (B) déficitaire de cette obligation.

A- La traduction déficitaire de l'obligation de respect

La traduction de la concrétisation déficitaire à l'obligation de respect de la norme fondamentale s'appuie sur la banalisation récurrente de l'autorité de la Constitution (1) et la neutralisation permanente des ressources constitutionnelles (2).

1- La fragilisation récurrente de l'autorité de la Constitution

¹ Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun*, Yaoundé, Presses Universitaire du Cameroun, 2021, p.791.

² Gabanis (André) et Martin (Michel Louis), *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Academia, Publications de l'Institut universitaire André Ryckmans, 2010, 228p.

³ Aïvo (Frédéric - Joël), « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1-2012, pp.142-180.

L'idée de Constitution en Afrique¹a perdue de sa valeur à l'épreuve des faits, parce qu'elle est constamment fragilisée par les autorités politiques². Cette fragilisation est consécutive à la volonté de ces autorités à demeurer au pouvoir, parfois par le biais des moyens contraires à la démocratie³. Il n'est pas inutile de rappeler que de telles pratiques rament à rebours des obligations constitutionnelles desdites autorités. Dans les États objet d'étude, le déphasage entre le prestige proclamé de la Constitution et le sort qui lui est réservé dans l'exercice du pouvoir mérite d'être souligné. Il se dégage de ce constat que le respect dû à la loi fondamentale est dévoyé. Or, la Constitution est considérée comme l'acte qui possède la plus haute autorité⁴. Ce qui autorise à s'aligner sur l'affirmation selon laquelle « *le règne de la Constitution est un aspect fondamental de la religion du droit* »⁵. La violation, l'instrumentalisation, et l'assouplissement de la Constitution sont les figures du caractère déficitaire de l'obligation de respect.

La « *violation* » ⁶de la loi fondamentale participe à la relativisation de son obligation de respect. Les autorités politiques ont pour obligations constitutionnelles de veiller à son respect, en ne le faisant pas, elles posent des actes contraires à la norme fondamentale. Sans que ces cas ne soient limitatifs,

¹ Kokoroko (Dodzi), « L'idée de Constitution en Afrique », *Afrique contemporaine* 2012, n°242, pp.117-117

² Fauré (Yves-André), « Les Constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire : pour une lecture différente des textes », *Politique Africaine*, 1981, pp.34-52.

³ Gueye (Babacar), « La démocratie en Afrique : succès et résistance », *Pouvoirs* 2009, n°129, pp.5-26.

⁴ Ardant (Pierre) et Mathieu (Bertrand), *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, LGDJ, 34^e éd., 2022, p. 101.

⁵ Barthélemy (Joseph) et Duez (Paul), *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, Economica, Coll. « classiques », 1985, p.183.

⁶ Au sens de Laurent Eck, la violation de la Constitution est toute « *irrégularité touchant le contenu de l'acte ou de la pratique qui s'avère contraire aux règles obligatoires du droit constitutionnel que l'on peut entendre comme le droit contenu dans la Constitution* ». in, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'harmattan, 2010 p.375.

Contrairement à l'affirmation de Laurentine Fontaine qui soutient l'idée de l'insaisissabilité de la violation de la Constitution. in, « La violation de la Constitution : autopsie d'un crime qui n'a jamais été commis », *RDP*, n°6, 2014, p.1620.

on peut illustrer ce propos à partir de quelques cas de violation à la fois par le président de la République et pouvoir de révision. Dans le premier cas, l'ordonnance du président de la République de RDC portant proclamation de l'état d'urgence suite à la crise sanitaire à Covid 19 est contraire à une liberté fondamentale. En effet, selon l'article 69 alinéa 2 de la Constitution, le chef de l'État veille au respect des droits et libertés parmi lesquels la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit à la liberté de culte ne peut en aucun cas être restreint sous quelque forme que ce soit, même en période de crise. Ce verrouillage est trouvé à l'article 61 de la Constitution qui dispose que : « *en aucun cas, et même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence aura été proclamé conformément aux articles 85 et 86 de la présente Constitution, il ne peut être dérogé aux droits et principes constitutionnels...* » Il en ressort que le président de la République par édicton de cette ordonnance ne s'est pas conformé à la loi fondamentale. Ce cas n'est pas singulier¹.

Dans le second cas, la violation de la Constitution par le pouvoir de révision est mise en évidence dans les États tels que de la République de Guinée et du Niger. D'une part, en 2003, la décision de recourir directement au referendum à l'effet de lever la clause limitative du nombre de mandats présidentiels, au lieu de recourir au Parlement, le président de la République Lassana Conté ne s'est pas conformé à la procédure de révision de la Constitution. Alors que, la loi fondamentale du 23 décembre 1990, prévoit que la soumission du projet ou de la proposition de la loi de révision de Constitution au referendum est conditionnée par l'adoption préalable par l'institution². D'autre part, et dans la même logique, le président Mamadou Tanja a utilisé de manière frauduleuse³ le referendum

¹ En Côte d'Ivoire ou, le président Alassane Dramane Ouattara ne s'est pas conformé à l'article 54 de la Constitution du 23 Juillet 2000 qui consacre l'incompatibilité entre la fonction présidentielle et celle de président d'un parti politique. Pendant son premier mandat le président de la République a cumulé ses fonctions avec celle de président du Rassemblement des Républicains (RDR). L'on retrouve pareille situation au Cameroun.

² Lire l'article 91 de la Constitution modifiée du 23 décembre 1990.

³ Ouedraogo (Séni-Mahamadou), *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 2011, p. 134.

constitutionnel pour supprimer la clause limitative du nombre de mandats présidentiels. Il a surtout bravé l'interdiction d'une révision totalement de la Constitution¹. Ces arguments sont révélateurs de la fragilisation récurrente de l'autorité de la Constitution.

L'instrumentalisation de la loi fondamentale est aussi le signe du caractère déficitaire de l'obligation de son respect. Les autorités politiques utilisent la Constitution non pas pour enraciner l'État de droit et la démocratie, mais plutôt pour des calculs politiques. Au Cameroun, l'indétermination de la période de mise en place de nouvelles institutions permet d'analyser une sorte d'instrumentalisation politique du principe de progressivité² depuis l'adoption de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996. En pratique, la nouvelle organisation judiciaire réorganise la Cour suprême avec la création d'une Chambre des comptes mise en place en 2006³ et du Sénat en 2013⁴. La loi portant organisation du Conseil constitutionnel a été adoptée en 2004⁵, mais celui-ci n'a été mis en place qu'en 2018. Jusqu'à cette date, la Cour suprême a continué par conséquent à statuer comme Conseil constitutionnel dans les matières relevant de la compétence de ce dernier. La loi relative à la déclaration des biens et avoirs a été adoptée en 2006⁶, mais le comité en charge de recevoir les déclarations n'a toujours pas été mis en place. Cette situation d'indétermination temporelle de la période de mise en place des nouvelles institutions est à l'origine du caractère

¹ Cette opération était proscrite par la constitutionnalisation des limites au pouvoir de révision.

² Kamto (Maurice), *Traité de droit constitutionnel et institutions politiques du Cameroun*, Yaoundé, Presses Universitaires du Cameroun, 2021, p.829.

³ V. la loi n°2006/016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

⁴ À la suite des élections sénatoriales d'avril 2013 et des nominations des sénateurs par le président de la République. La loi n°2013/006 du 10 juin 2013 portant règlement intérieur du sénat rend fonctionnelle cette institution parlementaire.

⁵ V. la loi n°2004/004 du 21 avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel.

⁶ La n°003/2006 du 25 Avril relative à la déclaration des biens et avoirs prise en application de l'article 66 de la Constitution.

déficitaire de l'obligation de respect de la norme fondamentale et a inspiré l'idée d'une « *Constitution duale* »¹.

L'instrumentalisation se réalise en outre par des cas d'application viciée et vicieuse² de la norme fondamentale. Ainsi, les autorités politiques procèdent aux révisions constitutionnelles dont la particularité est qu'elles violent l'esprit de la Constitution³. L'illustration du Togo⁴ permet d'étayer cette affirmation. En 2005, suite au décès du président de la République, l'armée en complicité avec l'Assemblée nationale va procéder à deux révisions constitutionnelles⁵, afin d'installer le fils du président défunt à la magistrature suprême.

Enfin, l'assouplissement de la loi fondamentale n'est que la conséquence du révisionnisme constitutionnel⁶. À titre de rappel, la révision d'une Constitution est le marqueur du dynamisme et de l'évolution d'une société. Mais l'instabilité de la norme fondamentale⁷ est de nature à fragiliser son autorité, notamment les révisions constitutionnelles intempestives relatives au statut du Chef de l'État⁸.

¹ Ondoa (Magloire), « La Constitution duale : recherche sur les dispositions constitutionnelles transitoires au Cameroun », *Revue Africaine des Sciences juridiques (RASJ)*, Yaoundé, vol.1, n°2, 2002, p.20-56.

² Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé, 2018, p.273.

³ Ouedraogo (Séni-Mahamadou), *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux 4, 2011, p. 134.

⁴ Le cas du Togo n'est pas singulier. La quasi-totalité des États d'Afrique noire francophone a procédé à la révision de la clause limitative de mandats présidentiels au mépris de la volonté du peuple et parfois, de la procédure de révision. Lire : Sambou (Soubahimbane), « Afrique subsaharienne francophone. Des textes constitutionnels en vigueur à leur (s) révision (s) », *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, p.116.

⁵ La première, l'article 144 qui interdisait toute révision en période d'intérim, et la seconde porte sur l'article 65 de la Constitution qui étend l'intérim à la fin du mandat de l'ancien président et qui fait de Faure Gnassingbé l'intérimaire à la présidence de la République. L'ancienne version de l'article 65 de la Constitution prévoyait que, la convocation du corps électoral intervient dans les soixante jours de l'ouverture de la vacance. La version de 2005 a de ce point de vue allongé les délais de la vacance. Lire dans ce sens, Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française*, *op.cit.*, p.274.

⁶ Lavroff (Dmittri- Georges), « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, n°2, HS, 2008, pp.5-16.

⁷ Kanté (Babacar), « Sénégal, un exemple de stabilité et d'instabilité constitutionnelle », *op. cit.*, p.148.

⁸ Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française*, *op.cit.*, p.314.

« *L'hyperactivité constitutionnelle du pouvoir sénégalais* »¹ témoigne de la réalité de la frénésie révisionniste en Afrique². Depuis la période de l'alternance en l'an 2000, la Constitution de 2001 a été modifiée une dizaine de fois³ au point d'affirmer que cette frénésie révisionniste vise en réalité à fragiliser l'autorité de la loi fondamentale. Ce constat se poursuit avec la neutralisation permanente des ressources constitutionnelles.

2- La neutralisation permanente des ressources constitutionnelles

Le caractère déficitaire de l'obligation de respect de la loi fondamentale se traduit par la neutralisation permanente des ressources constitutionnelles. En effet, les autorités détentrices du pouvoir décident généralement par un coup d'État de mettre la loi suprême en berne. Guidées par la volonté de prise du pouvoir par la force, ces autorités ne regardent plus la Constitution comme une norme obligatoirement respectée. Certains éléments permettent d'illustrer les figures de cette neutralisation à savoir, l'abrogation⁴, la suspension⁵ et le contournement de la norme constitutionnelle.

Le juge constitutionnel centrafricain affirme que « *l'abrogation d'une Constitution survient après un évènement brutal affectant le fonctionnement de l'État tel un*

¹ Thiam (Assane), « Une Constitution ça se révisé : relativisme constitutionnel et État de droit au Sénégal », *Politique Africaine*, n°108, 2007, p.146.

² Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française*, *op.cit.*, p.314.

³ Fall (Ismaila-Madior), « La révision de la Constitution au Sénégal », *Afrilex. u-bordeaux.fr*, 2011, p.34.

⁴ On peut définir l'abrogation de la Constitution comme un fait matériel provoquant la fin d'une Constitution. Lire dans ce sens : Gicquel (Jean) et Gicquel (Jean-Emile), *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 30^e éd., Paris, Montchrestien, 2017, p.184.

⁵ La suspension de la Constitution désigne une neutralisation momentanée de la Constitution ou de quelques-unes de ses dispositions. Généralement, c'est la survenance d'un évènement en rupture avec les règles constitutionnelles qui entraîne la suspension de la Constitution. Le Professeur Christian Bigaut affirme dans cette logique que « *la suspension est une règle générale, consécutive à la survenance d'un évènement en rupture avec les règles constitutionnelles : révolutions, insurrections, guerres, et coup d'Etat mais aussi parfois, en application des mécanismes constitutionnels* ». Lire dans ce sens : Bigaut (Christian), « Les suspensions de la Constitution. Les règles dérogatoires aux dispositions constitutionnelles : les suspensions provisoires de la Constitution », *La Revue Administrative*, 55^e année, n°325, 2002, p.47.

coup d'État ou lorsqu'il y a lieu de changer la nature même d'un régime politique »¹. Cela signifie que, l'abrogation d'un texte ou d'une norme met fin à son existence pour l'avenir. Elle est récurrente dans le constitutionnalisme africain et favorise du même coup la neutralisation des ressources constitutionnelles. Il est possible dans la présente étude de distinguer l'abrogation expresse et l'abrogation déguisée de la loi fondamentale². Les données empiriques du Congo et de la Centrafrique permettent d'illustrer ce premier cas.

Au Congo Brazzaville, le président de la République sorti vainqueur de la guerre civile va mettre fin à la Constitution de 1992 par l'Acte fondamental de transition du 24 octobre 1997, il dispose en son article 85 que : « *Le présent Acte fondamental qui abroge la Constitution du 15 mars 1992 entre en vigueur dès sa signature par le Président de la République, chef de l'État* ». En tout état de cause, l'acte d'abrogation aura pour effet, de créer un nouveau régime politique dans ce pays³. Dans la même logique, le coup d'État qui a eu lieu en République centrafricaine par la rébellion Seléka en 2012 a eu pour conséquence l'abrogation de la loi fondamentale. Dans ce pays, une Charte constitutionnelle a été adoptée pour abroger la Constitution du 27 décembre 2004. Ces cas d'abrogation de la loi fondamentale sont de nature à neutraliser les ressources constitutionnelles et l'État de droit⁴.

Dans le second cas, l'abrogation déguisée⁵ de la loi fondamentale occasionne aussi la neutralisation des ressources constitutionnelles. En République

¹ Décision n°009/CC du 23 septembre 2022.

² Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française, op.cit.*, p.300.

³ Mabiama (Guy-Jean-Clément), *Le régime politique de la République du Congo après la Constitution du 20 janvier 2002*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.31.

⁴ Moudoudou (Placide), « Deux décennies de renouveau constitutionnel en Afrique noire francophone. L'exemple de la République du Congo (1990-2010) : bilan et perspectives », in Frédéric Joël Aïvo (Dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p.31.

⁵ Liet-Veaux cité par Héraud (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 271. Il est possible d'appréhender l'abrogation déguisée comme le fait pour les détenteurs du pouvoir de suspendre la Constitution et sans la rétablir de la remplacer par une autre loi fondamentale. Au plan formel, il y a suspension de la Constitution, mais matériellement, la loi fondamentale est purement et simplement abrogée.

centrafricaine, le referendum constitutionnel qui donnera naissance à la Constitution de 2004, a été organisé sans que l'auteur du coup d'État de 2003, le Général François Bozizé, n'ait rétabli la suspension de la Constitution du 14 janvier 1995². De même, en Côte d'Ivoire, la Constitution a connu une abrogation déguisée³. En l'espèce, à l'issue du coup d'État de 1999⁴, le général Robert Gueï va suspendre la Constitution⁵. Alors que la logique présageait un potentiel retour à l'ordre constitutionnel, la pratique en a révélé le contraire. La Côte d'Ivoire va se doter d'un nouveau texte constitutionnel le 23 juillet 2000, au lieu du rétablissement de la Constitution suspendue.

La neutralisation permanente des ressources constitutionnelles dans les États d'Afrique noire francophone se traduit également par la suspension⁶ de la loi fondamentale. Cette neutralisation révèle la concrétisation déficitaire de l'obligation de respect. À titre d'exemple, le 20 mai 2021, le président tchadien Idriss Deby Itno, qui était au pouvoir depuis trente un ans, est décédé lors d'une confrontation militaire avec des groupes rebelles un jour après avoir été déclaré vainqueur de l'élection présidentielle du 11 avril 2021. Suite à ce décès, le conseil militaire de transition organise un transfert inconstitutionnel du pouvoir et met en place un gouvernement de transition dirigé par Mahatmat Idriss Deby, fils du président défunt ; le conseil militaire de transition a suspendu la Constitution, dissout le gouvernement et l'Assemblée nationale, et met en place une « une

¹ Il s'agit précisément du referendum du 27 décembre 2004.

² Lire l'article 1^{er} de l'Acte constitutionnel n°1 du 15 mars 2003.

³ Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française, op.cit.*, p.350.

⁴ Le coup d'État a été perpétré par le général Robert Gueï le 24 décembre 1999 entraînant par la même occasion, le renversement du président Henry Konan Bédié et la suspension des institutions et de la Constitution.

⁵ C'est l'ordonnance n°01/99/PR du 27 décembre 1999 qui suspend la Constitution et organise provisoirement les pouvoirs publics.

⁶ Elle peut revêtir un caractère licite ou illicite. Dans le premier cas, la suspension est formellement prévue par la Constitution en vigueur et opérée en observation des dispositions fonctionnelles y relatives. À ce titre, la Constitution peut être suspendue dans le cadre de la gestion des circonstances exceptionnelles (état d'urgence, état de nécessité, état d'exception, état de guerre, état de siège). Dans le second cas, la suspension peut être simplement frauduleuse ; dans ce cas, elle ne viole pas la lettre, mais l'esprit de la Constitution. Elle peut également être qualifiée de suspension irrégulière de la Constitution.

charte de transition » pour remplacer la Constitution pour une période de dix-huit mois, renouvelable une fois.

Au Mali, désireux d'assurer la régulation du jeu politique¹, certains officiers de l'armée vont orchestrer un coup d'État qui, aux yeux de la doctrine, était prévisible². Dans un communiqué lu à la télévision³, les militaires déclarent que face à l'incapacité notoire du régime d'alors à gérer la crise qui sévit au nord du pays, l'inaction du gouvernement à se doter des moyens adéquats de forces armées et de sécurité pour accomplir leurs missions de défense de l'intégrité du territoire national...en conséquence ils décident de la suspension de la Constitution jusqu'à nouvel ordre. Même si les autorités militaires rétablissent quelquefois les Constitutions suspendues⁴, cela n'enlève en rien qu'elles violent leurs obligations constitutionnelles en agissant de la sorte.

Enfin, la neutralisation des ressources constitutionnelles se traduit par le contournement de la norme constitutionnelle. On note une prévalence des solutions a-constitutionnelles par l'essor des accords politiques⁵ dans le nouveau constitutionnalisme africain. C'est ce qui permet d'affirmer à la suite du doyen Frédéric Joël Aïvo que les accords politiques marquent un « *triomphe du constitutionnalisme constitutionnel* »⁶. Concrètement, le contournement de la norme constitutionnelle a souvent lieu en période de crise. Dans ce cas, la loi fondamentale est mise en berne⁷ du fait que les autorités de crise sont peu enclines à la démocratie, ce qui conduit à privilégier les accords politiques au

¹ Chauzal (Grégory), *Les règles de l'exception : la régulation du politique au Mali et au Niger*, Thèse de doctorat en Science politique. Université de Bordeaux, 2011, p.509.

² *Ibid.*, p.519.

³ Communiqué, lu à 4h30, le 22 mars 2022, sur l'ORTM par le lieutenant Amadou Konaré, porte-parole du CNDRE.

⁴ C'est le cas du Mali et du Burkina Faso.

⁵ On peut définir les accords politiques comme : « *un accord conclu entre les acteurs majeurs ou protagonistes de la crise dans l'optique de la dénouer* ». Lire utilement : Atangana Amougou (Jean-Louis), « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RASJ*, vol.4, n°1, 2007, p.235.

⁶ Aïvo (Frédéric-Joël), « La crise de la normativité de la Constitution », *RDP*, n°1, 2012, p.166.

⁷ Mambo (Paterne), « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les États africains : réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de Mc Gill*, n°57, 2012, p.926.

dépriment des solutions constitutionnelles. Généralement, ces accords sont signés en marge de la norme fondamentale d'où l'idée de la neutralisation des ressources constitutionnelles, mais font partie de la production constitutionnelle de crise¹ avec pour finalité d'assurer l'organisation des pouvoirs publics en cette période². C'est ce qui a permis au Doyen Meledje Djedjro Francisco de parler des « *incertitudes de la notion de Constitution* »³.

À ce titre, les exemples de contournement de la Constitution par les accords politiques peuvent être mobilisés afin d'étayer les arguments sus-évoqués. Au Burundi, l'accord d'Arusha signé par les protagonistes au conflit a organisé la période de transition⁴, par la définition des principes constitutionnels de la transition⁵ en lieu et place de la loi fondamentale. De plus, l'accord global et inclusif sur la transition en RDC fixe à la fois, les objectifs de la transition⁶, la durée de la transition⁷ et les institutions de la transition⁸. Pour finir, l'accord de Linas Marcoussis fixe un programme de sortie de crise que le gouvernement de transition s'attèlera à mettre en œuvre en marge de la Constitution⁹. En substance, il ressort que la traduction déficitaire de l'obligation de respect se fait par la fragilisation de l'autorité récurrente de la Constitution et la neutralisation permanente de ses ressources, au point de justifier de ce caractère déficitaire.

B- La justification déficitaire de l'obligation de respect

¹ Lath (Yedo-Sébastien), « La production constitutionnelle en période de crise dans les États d'Afrique : crise du constitutionnalisme ou constitutionnalisme de crise », *Palabre actuelle, Revue de la Fondation Raponda Walker*, n°6, 2013, p.157.

² Bikoro (Jean-Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain. Cas des États africains d'expression française, op.cit.*, p.400.

³ Meledje Djedjro (Francisco), « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : une instabilité chronique », *Communication présentée à African network of constitutional law conference on fostering constitutionalism. Africa Nairobi*, 2007, p.22.

⁴ L'article 1^{er} dudit accord stipule que : « *les parties acceptent comme ayant force obligatoires les protocoles et annexes ci-après, qui font partie intégrante de l'accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi (...)* ». Article 4 de l'accord d'Arusha stipule que : « l'accord entre en vigueur à la date de sa signature ».

⁵ Article 22 de l'accord relatif à la période intérimaire.

⁶ Lire le point 2 consacré aux objectifs de la transition.

⁷ Lire le point 4 consacré aux objectifs de la transition.

⁸ Lire le point 4 consacré aux objectifs de la transition.

⁹ Lire le point 3 (a) de l'accord de Linas Marcoussis.

Dans les États d'Afrique noire francophone, la concrétisation déficitaire de l'obligation de respect de la loi fondamentale s'explique par la timidité de sa garantie (1) et par sa perception variable (2).

1- La timidité de la garantie constitutionnelle

La timidité de la garantie peut justifier la concrétisation déficitaire de l'obligation de respect de la norme fondamentale. Cette timidité est consécutive à la faible culture constitutionnelle de l'ensemble du corps social. Le faible contrôle et l'absence de sanction révèlent la relativité de la garantie constitutionnelle, car les citoyens sont peu enclins à la combativité juridictionnelle et l'activité du juge constitutionnel brille parfois par la faible hardiesse due à sa politisation. Ces éléments pris ensemble sont de nature à justifier la timidité de la garantie politique, populaire et juridictionnelle de la loi fondamentale.

D'abord, la timide garantie politique est imputable au président de la République et au Parlement. Le fait générateur est que l'exercice du pouvoir en Afrique noire¹ révèle l'instrumentation des Constitutions. Ainsi, la plupart des révisions constitutionnelles opérées depuis 1990, particulièrement dans les États africains de succession française sont caractérisées par leur aspect tendancieux et politiquement tactique². En toute hypothèse, le pouvoir n'a eu de cesse d'utiliser les constitutionnalistes³ à l'effet de légitimer la « *multiplication des actes déviants du président* »⁴. Par leurs actions, les autorités politiques rendent vulnérable la norme constitutionnelle⁵ qu'ils sont sensés pourtant garantir le respect. Cela se traduit par un rapport de force inversé entre le droit et la politique, laissant

¹ Fauré (Yves-André), « Les Constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire », *op. cit.* p. 51.

² Aïvo (Frédéric -Joël), « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *op.cit.*, p.153.

³ Aïvo (Frédéric -Joël), « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *RFDC*, 2015/4, n°104, p. 100.

⁴ Ba (Boubacar), *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique et d'Amérique latine*, *op. cit.* p. 460.

⁵ Aïvo (Frédéric -Joël), « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *op.cit.*, p.149.

perceptible le complexe de la « *politique saisie par le droit* »¹, en lieu et place d'une garantie concrète. Les acteurs en charge de la gestion² des Constitutions ne garantissent pas toujours le consensus qu'elles doivent opérer entre les gouvernants et les gouvernés. Du fait des pratiques incohérentes³, il n'est pas exagéré d'affirmer que la Constitution est saisie par la politique consécutivement à sa faible garantie⁴. L'interprétation du fait majoritaire fait en sorte que les parlementaires apportent un soutien sans failles à la politique présidentielle sans nécessairement prendre en compte l'obligation de respect de la Constitution. Ensuite, le citoyen a la possibilité de protéger la loi fondamentale en vertu de son droit de saisine de la juridiction constitutionnelle, de celui du droit de résistance⁵ à l'oppression ou encore de désobéissance civile⁶. Malgré l'encadrement de ce droit⁷, l'on remarque l'apathie des populations en majorité non initiées à la chose juridique, et, par conséquent, indifférentes au Droit et ignorantes de leurs droits. Car, en effet, la plupart des citoyens des pays africains manquent d'éducation, entendue non seulement au sens d'alphabetisation et d'information⁸, « *mais surtout au sens, d'éducation juridique impliquant l'accession des citoyens à la notion de droit individuel, de règle de droit et de relation juridique* »⁹. Or, il va sans

¹ De Gaudusson (Jean du Bois), « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Le renouveau constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, *op.cit.*, pp. 609-627.

² Rémond (René), « La gestion des constitutions », *Pouvoirs*, 1989, n°50, pp.43-51.

³ Dosso (Karim), « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophones : cohérences et incohérences », *op. cit.* p.72.

⁴ Lavroff (Dmitri-Georges), « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la Ve République », *Politéia*, n°25, 2014, p. 29.

⁵ Bikoro (Jean -Mermoz), « Le droit de résistance à l'oppression dans le nouveau constitutionnalisme africain », *RCC*, 2020, n°2 et 3/semestrielle, pp. 81-130.

⁶ Ouédraogo (Emile), « La désobéissance civile dans les Constitutions dans les États de l'Afrique de l'Ouest francophone », *RBD*, n°62, 1^{er} semestre 2021, pp.153-183.

⁷ Sur cette question la Cour constitutionnelle malienne en 2020 a opéré un changement de direction. De cette évolution on peut déduire qu'on est passé progressivement à une absence de régulation à une tentative de régulation. Lire utilement le communiqué de presse de la Cour constitutionnelle du Mali du 3 juin 2020.

⁸ Kamto (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique noire*, *op.cit.*, p.443.

⁹ V. Bipoun-Woum (Joseph-Marie), « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *RJPIC*, n°3, juillet-septembre 1972, p.381. Cette opinion est largement partagée par d'autres auteurs à l'instar de Prouzet (Michel), « Contribution à la notion de liberté publique en Afrique. Cas particulier de l'Afrique occidentale », in *Mélanges Georges Burdeau*, *op.cit.*, pp.927-944.

dire que si l'on ne sait pas ce qu'est un droit, on ne peut être alerté par sa violation ou par son omission. L'ineffectivité constitutionnelle tient aussi au blocage culturel et politique des populations non éduquées à l'usage du droit¹. Cet état de choses dilue le rôle du peuple dans la garantie de l'obligation de respect de la Constitution au profit du politique. Même lorsque des revendications populaires sont initiées pour le respect de la norme suprême, elles font l'objet de récupération. Dans cette logique, en analysant le mouvement populaire d'octobre 2014 au Burkina Faso, certains l'ont qualifié de désobéissance civile au départ², mais le mouvement populaire du peuple burkinabè a été repris et exploité par la société civile et les militaires³. Ces derniers ont d'ailleurs légitimé la prise de pouvoir par un « *coup d'État illégal* ». Le peuple est ainsi écarté du jeu et de la mise en œuvre de la désobéissance civile⁴. Dès lors, l'instrumentation de ce droit par les acteurs politiques⁵ contribue à l'immobilisme du peuple malgré la récurrente des atteintes à la Constitution.

Enfin, la timidité de la garantie juridictionnelle est imputable au faible déploiement du juge constitutionnel. Deux raisons permettent de le justifier : d'une part, il est complice de l'autorité politique, d'autre part, victime des affres des gouvernants. Dans le premier cas, il est arrivé au juge constitutionnel d'être complice⁶ des violations de la norme constitutionnelle. Il en est ainsi lorsqu'il rend légitimes les coups d'État. On peut se référer ici aux deux décisions du 8 février 2022 du Conseil constitutionnel portant constatation de la vacance de la présidence du Faso, prises après la démission de Monsieur Roch Christian Marc Kaboré de ses

¹ Kamto (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique noire*, *op.cit.*, p.441.

² Soma (Abdoulaye), « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *op.cit.*, p.1-5 ; Ouédraogo (Séni-Mouamadou), et Ouédraogo (Djibrihila), « Libre propos sur la transition au Burkina Faso », *op.cit.*, p.3.

³ *Idem*.

⁴ Ouédraogo (Emile), « La désobéissance civile dans les Constitution dans les États de l'Afrique de l'Ouest francophone », *op.cit.* p.178.

⁵ De Gaudusson (Jean du Bois), « Les solutions constitutionnelles des conflits », *Afrique Contemporaine*, numéro spécial, 4^e trimestre 1996, p.255.

⁶ Tusseau (Guillaume), « Les juridictions constitutionnelles en contexte illiberal : la figure du complice », in Barbé (Vanessa), *Combrade (Bertrand-Léo), La démocratie illiberale en droit constitutionnel*, Bruylant, LGDJ, 2022, pp.133-150.

fonctions de président du Faso¹, et celle relative à la dévolution des fonctions de président du Faso². Si la première décision ne pose pas de problème, parce qu'elle acte de la décision du président suscite, la seconde quant à elle, présente quelques défaillances en ce qu'elle valide le coup d'État. Considéré par le juge comme un autre mode constitutionnel et démocratique de dévolution des fonctions de président du Faso³. Il en découle une justice para-constitutionnelle⁴ étant entendue qu'elle fait dire à la Constitution ce qu'elle n'a pas dit, à savoir la légitimation constitutionnelle des coups d'État, au point de se demander s'il s'agit d'une *parole constituante*⁵ du juge constitutionnel.

Dans le second cas, le juge constitutionnel est victime des affres des gouvernants. Tantôt, l'autorité de ses décisions est fragilisée, tantôt, ses membres subissent les abus du président de la République. S'agissant de la fragilisation de l'autorité des décisions, des illustrations sont perceptibles au Niger⁶ et au Cameroun⁷. Dans ces deux cas, l'on constate d'une part, la contestation par le président de la République d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, d'autre part, l'affaiblissement de son autorité par le juge constitutionnel lui-même. Pour ce qui est des abus du président de la République, l'exemple centrafricain peut servir à illustrer le sort réservé au juge constitutionnel lorsque ses décisions n'arrangent pas les gouvernants. La décision du juge constitutionnel portant sur le constat de l'impossibilité de

¹ Décision n°2022-003/CC portant constatation de la vacance de la présidence du Faso.

² Décision n°2022-004/CC sur la dévolution des fonctions de présidence du Faso.

³ Décision n°2022-004/CC sur la dévolution des fonctions de présidence du Faso. Article 1 : « Monsieur Paul Henri Sandaogo Damiba, Lieutenant-Colonel des Forces armées nationales, est le président du Faso pour compter du 24 janvier 2022 ».

⁴ Sobze (Serge- François), « Émergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne », *RCC*, n°7 2022, p.29.

⁵ Monembou (Cyrille), « La parole constituante du président de la République dans les États d'Afrique noire francophone », *Afrilex* 2020, pp.1-23.

⁶ Arrêt n°95-08 du 22 septembre 1995. Le juge constitutionnel a rendu deux arrêts qui limitent les prérogatives du président de la République. Non satisfait, il va saisir la chambre constitutionnelle de la Cour suprême afin qu'elle interprète elle-même ses arrêts.

⁷ Décision n°001/CC/02-03 du 28 novembre 2002. Le juge constitutionnel de transitoire va rendre une décision déclarant non conforme à la Constitution certaines dispositions du règlement intérieur de l'Assemblée nationale instituant la validation des mandats. À la surprise générale, le Président de la République va promulguer cette loi.

l'organisation d'une révision de la Constitution ou d'un referendum constitutionnel¹ a eu raison du mandat de la présidente de la Cour constitutionnelle, Madame Danielle Darlan. Suite à cette décision, un décret² viendra remettre en cause l'élection de cette dernière. Il stipule que : « *sont et demeurent rapportées les dispositions du décret n°17.133 du 10 avril 2017, entérinant l'élection des membres du Bureau de la Cour constitutionnel en ce qui concerne exclusivement Madame Danielle Darlan pour empêchement définitif* »³. Ce décret est inconstitutionnel, parce que n'ayant aucune base légale. En effet, il viole le statut des juges constitutionnelles, notamment sur la durée du mandat⁴. Dans une telle logique, il devient difficile d'envisager l'obligation de respect de la Constitution causée par sa perception variable.

2- La perception variable de la Constitution

La perception de la loi fondamentale dépend de ceux qui sont appelés à l'appliquer. Elle est considérée comme un instrument entre les mains des gouvernants non pas, pour limiter leurs pouvoirs, mais plutôt pour le renforcer. La volonté de ne pas respecter la Constitution fait que les autorités politiques la perçoivent telle « *qu'une simple façade derrière laquelle se cache un régime politique peu soucieux du constitutionnalisme en tant que technique de limitation de pouvoir* »⁵. La perception variable de la Constitution se justifie par deux facteurs : pour les gouvernants, elle est considérée comme un instrument de

¹ Décision n°009/CC du 23 septembre 2022.

² Décret n°22. 454 rapportant les dispositions du décret n°17.114 du 24 mars 2017, entérinant la désignation des membres de la Cour constitutionnelle.

³ Décret du PM du 24 octobre 2022. La pression sur la Cour constitutionnelle s'est également manifestée par l'organisation d'une Assemblée extraordinaire de la FSJP de l'Université de Bangui. Ou le Doyen de cette Faculté invite tous les Enseignants permanents, vacataires, associés à prendre part à l'AG extraordinaire qui aura lieu le vendredi 28 octobre 2022 à 10h dans la salle du conseil. Ordre du jour : Remplacement de la représentante des Enseignants du supérieur à la Cour constitutionnelle élus par ses pairs.

⁴ Voir les articles 99, 100 et 102 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

⁵ Gonidec (Pierre-François), « Constitutionnalisme africain », *RADIC*, mars 1996, p.25.

renforcement du pouvoir, et les gouvernés la regardent comme un outil d'oppression.

Il semble s'être construit un présupposé suivant lequel, une fois au pouvoir, les dirigeants africains s'emploient à s'y maintenir durablement¹. Pour cela, ils se servent de la Constitution, ils l'instrumentalisent en fonction de leurs intérêts, ils l'ignorent lorsque ça ne les arrange pas. Cela suggère, bien évidemment, la maîtrise de l'ensemble du système constitutionnel, de sorte à mettre sur pied les « *stratégies politiques et constitutionnelles de conservation du pouvoir présidentiel* »². Un tel dessein, qui renferme une part de stratégie intellectuelle, n'a pu se réaliser dans certains pays que grâce à une ingénieuse technologie mobilisée à cet effet. A tel point que les dirigeants traitent la Constitution avec peu d'éthique³. La volonté de se maintenir au pouvoir peut prendre la forme des règlements de comptes politiques et la levée du verrou sur la limitation du nombre des mandats⁴.

Dans le premier cas, l'élan de conservation du pouvoir a fait en sorte que le président de la République ivoirienne d'alors a utilisé une disposition de la Constitution afin de disqualifier Alassane Dramane Ouattara de la présidentielle de l'an 2000. Le critère discriminant portait sur le « *et* » et le « *ou* »⁵. En effet, la disposition constitutionnelle de départ relative à l'éligibilité du président de la République postulait qu'il fallait : « *Être ivoirien, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine* »⁶, mais cet article fut modifié pour intégrer le « *ou* » à la place du « *et* ». De même, la crise électorale ivoirienne entre 2010 et 2011 a

¹ Ba (Boubacar), « L'évolution constitutionnelle des pays africains de succession française », *Annales Africaines*, Nouvelles Série, Volume 2, décembre 2020, p.30.

² Sissoko (Mamady), *Les stratégies politiques et constitutionnelles de conservation du pouvoir présidentiel en Afrique*, Thèse de doctorat d'État en droit et sciences politiques, Université Cheickh Anta Diop de Dakar, 2014, 829 pages.

³ Atangana Amougou (Jean-Louis), « L'éthique du constitutionnalisme en Afrique », in (dir.) Frédéric Joël Aïvo, *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur du président Robert Dossou*, Paris, L'harmattan, 2020, p.210.

⁴ Loada (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op. cit.* p. 144.

⁵ Meledje Djedro (Francisco), « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », *op. cit.* p.18.

⁶ Décret n°2000-497 du 17 juillet 2000 portant projet de Constitution.

révélé la volonté de conservation du pouvoir par la violation de la disposition constitutionnelle relative à l'autorité de la chose jugée des décisions de la juridiction constitutionnelle. En l'espèce, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2010¹, proclame Laurent Gbabo président de la République et reçoit son serment le 4 novembre 2010 ; mais quelques semaines plus tard, le Conseil constitutionnel se rebiffe², et avec la même composition³ déclare le 4 mai 2011, Alassane Ouattara vainqueur de la même élection et en reçoit le serment le 6 mai 2011.

Au Sénégal, la logique des règlements de comptes est constamment utilisée pendant les réformes constitutionnelles⁴. Sous le mandat du président Wade, ce dernier fait adopter un projet de réforme constitutionnelle visant à abaisser à 25% le seuil de voix nécessaire au premier tour pour élire un ticket président/vice-président, afin d'installer son fils Karim Wade aux fonctions suprêmes. Plus étonnant, est la volonté d'écarter son concurrent à la présidentielle avec l'aide du Conseil constitution, en la personne de Youssou N'dour. Selon les Sages, le chanteur n'aurait pas réussi à réunir les dix mille signatures nécessaires pour pouvoir se présenter à l'élection présidentielle⁵.

Dans le second cas, la levée du verrou de la limitation du nombre de mandats présidentiels participe également de la perception de la Constitution comme objet de conversation du pouvoir dans les États africains. Au Cameroun, la clause limitative du nombre de mandats présidentiels n'a pas échappé à l'outrage du temps et la dynamique de révision de ladite clause n'a pas épargné le pays⁶.

¹ Décision n°CI-2010-EP-34/03-12/CC/SG du 3 décembre 2010 portant proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010.

² Décision n°CI-2011-EP-36/04/CC/SG du 4 mai 2011 portant proclamation de Monsieur Ouattara en qualité de président de la République de Côte d'Ivoire.

³ À l'exception notable de Felix Tano, Professeur de droit public à l'université de Bouaké et membre du Conseil jusqu'à l'éclatement de la crise post-électorale. Il a refusé de s'associer à la nouvelle décision et à la réception du serment d'Alassane Ouattara.

⁴ Fall (Ismaila-Madior), « La révision de la Constitution au Sénégal », *op. cit.* p. 39.

⁵ Lire francetvinfo.fr, consultée le 03/05/2023.

⁶ Tchoupie (André), « La suppression de la limitation du nombre de mandats présidentiels au Cameroun : analyse de la bifurcation de la trajectoire d'une politique institutionnelle », *RARI*, vol.12, n°1 et 2, 2009, p.7.

Malgré le recours aux manifestations de rue par le peuple, la majorité présidentielle a adopté le 14 avril 2008 la révision de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels¹. Au Gabon, le retour à la présidence illimitée²a également été opéré par le recours à la procédure de révision constitutionnelle. C'est ainsi que le 29 juillet 2003, le président de la République et son parti, le Parti démocratique gabonais (PDG) va entreprendre de réviser la Constitution en supprimant la clause limitative du nombre de mandat présidentiel. Au Togo, c'est l'entourage du président Eyadema qui s'est prononcé en faveur de la suppression de la limitation du nombre de mandats présidentiels³. C'est ainsi que malgré la désapprobation de l'opposition et même de la population, la clause limitative sera révisée le 30 décembre 2002. On pourrait également citer le cas du Tchad⁴, et du revirement du constituant sénégalais⁵ou encore, de celui de la Guinée Conakry⁶. Ces considérations démontrent la culture du pouvoir personnel et la concentration excessive des pouvoirs par le Chef de l'État⁷. En tout état de cause, ces cas démontrent que les gouvernants perçoivent la norme fondamentale comme un instrument de préservation de leur pouvoir.

La perception variable de la Constitution est en outre due, au fait que les gouvernés regardent cette dernière comme un instrument d'oppression. Du coup, en cas de crise, ils la contestent, la rejettent, la banalisent. C'est ce qui explique la montée en puissance des cas de rébellion et de résistance à l'oppression. L'usage que les gouvernants font des institutions et des mécanismes de droit

¹ L'article 6 alinéa2 du texte constitutionnel camerounais dispose désormais que « *le président de la République est élu pour un mandat de sept ans. Il est rééligible* ».

² Ondo (Telesphor), *La responsabilité introuvable du chef d'État africain*, *op. cit.* p. 71.

³ Loada (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op. cit.* p.166.

⁴ Révision de 1996.

⁵ Le Sénégal a supprimé la clause limitative du mandat présidentiel par le biais de la loi n°98-43 du 10 octobre 1998 portant révision des articles 21 et 28 de la Constitution et sous la pression populaire, cette clause fut réintroduite en 2001 à l'issue de l'adoption de la nouvelle Constitution.

⁶ C'est en novembre 2001 que la clause limitative du nombre de mandats présidentiels a été révisée.

⁷ Fall (Alioum-Badara), « Universalité des droits de l'homme et pluralité juridique en Afrique », *Mélanges Dminitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p.364.

constitutionnel dans l'exercice du pouvoir¹ peuvent justifier cette perception de la loi fondamentale. De plus, le manque de confiance à l'égard des institutions et des gouvernants, la non-prise en compte des spécificités et les particularités des peuples africains pris dans leur globalité pourraient l'expliquer. L'on peut comprendre pourquoi les citoyens regardent la Constitution comme un outil d'oppression. En prenant appui sur l'actualité africaine, le constat est que : les citoyens sont enclins aux revendications identitaires, et dans le même temps ils croient peu ou pas aux solutions constitutionnelles de ces problèmes. En effet, malgré la consécration constitutionnelle de l'indivisibilité de l'État² dans ceux objet de l'étude, l'on remarque que les citoyens brillent par leur volonté du « *séparatisme* ».

Cette situation peut être illustrée à travers deux exemples de manifestation du conflit ethnoculturel que les revendications des anglophones du Cameroun et les velléités indépendantistes en Casamance au Sénégal. Dans le premier cas, ces revendications identitaires souvent en porte-à-faux avec les principes de souveraineté, d'unité et d'indivisibilité de l'État énoncés par la Constitution peuvent être la résultante d'une méfiance à l'égard de la Constitution. Dans le second cas, en raison de leur culture et de leurs traditions séculaires, les Casamançais sont naturellement réfractaires à l'autorité de l'État sénégalais, évoluant ainsi depuis plus de deux décennies dans un esprit d'autonomie et d'indépendance vis-à-vis du pouvoir central. Dans les deux cas, les citoyens ne perçoivent pas la Constitution comme un instrument à leur service qui permet la résolution des crises. *Grosso modo*, la perception variable de la Constitution est consécutive au fait que les gouvernants la considèrent comme un instrument de

¹ Keutcha Tchapnga (Célestin), « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *op.cit.*, p.480.

² C'est le lieu de préciser que les lois constitutionnelles ouvrent elles-mêmes une brèche aux revendications identitaires des citoyens dans la mesure où les droits culturels des minorités sont reconnus et protégés, en vertu du caractère multiculturel des sociétés africaines constituées en État. Voir : Zogo Nkada (Simon-Pierre), « Le nouveau constitutionnalisme africain et la garantie des droits socioculturels des citoyens : cas du Cameroun et du Sénégal », *RFDC*, 2012/4, n°92, p.12. Mwayila Tshiyembe, *Néo-constitutionnalisme démocratique et État multinational : une alternance à la déliquescence de l'État en Afrique noire*, Civitas Europa, n°6, mars 2001, p.125.

préservation de leur pouvoir, et que les gouvernés la regardent comme un instrument d'oppression. Toute chose qui contribue à la concrétisation déficitaire de l'obligation de respect de la Constitution.

CONCLUSION

Au total, sans courir le risque de l'imprudence, cette étude a tenté de montrer comment, en Afrique noire francophone, le constitutionnalisme traite l'obligation de respect de la Constitution. Les gouvernants, bien plus que n'importe quels citoyens, sont assujettis aux obligations constitutionnelles, les gouvernés n'étant pas en reste, les atteintes de ces obligations font l'objet de sanction juridictionnelle. Mais, nous l'avons vu, cette posture n'est pas sans écueils, car, la concrétisation de l'obligation de respect de la Constitution est déficitaire, à cause des violations récurrentes et la timide garantie de la norme fondamentale.

À dire vrai, « *l'ineffective du respect de la Constitution en Afrique est incontestablement en rapport avec la transcendance du pouvoir par rapport au droit* »¹. La Constitution est considérée comme un point de repère. Elle ne s'impose pas comme un sens unique au pouvoir. Elle est surtout un guide qui fixe des orientations, prévoit des institutions, s'approprie les formules, plutôt qu'un code des obligations².

La consécration de l'obligation de respect de la Constitution est fragilisée par l'absence des mesures d'exécution forcée. Les autorités politiques usent fréquemment de certains instruments à l'effet de désacraliser l'autorité de la norme fondamentale. Pour se maintenir au pouvoir et préserver leurs intérêts, elle abuse de leur position pour l'instrumentaliser. Ce qui donne finalement l'impression qu'elle est un outil à leur service et donc le respect n'est plus obligatoire. L'effectivité de l'obligation de respect de la Constitution est toujours d'actualité dans le nouveau constitutionnalisme africain. Ce qui pousse à

¹ Kamto (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique noire*, *op.cit.*, p.439.

² Conac (Gérard), « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la République démocratique Malgache », *op.cit.*, p.23.

relativiser l'évolution de ce constitutionnalisme sur le continent, partagé entre avancées et reculades. L'un des remèdes semble être la culture du respect de la Constitution à la fois à l'égard des gouvernants et des gouvernés, sans écartée, la hardiesse du juge constitutionnel dans son activité jurisprudentielle. Dans un contexte où le constitutionnalisme multiniveaux se développe, la focale pourrait être mise sur le renforcement de la garantie supranationale de l'obligation de respect de la Constitution. Au demeurant, pour garantir sa suprématie, il faudrait qu'on la respecte! Le respect ne saurait être effectif que si l'ensemble des acteurs le consentent en faisant œuvrer le bonheur à travers la Constitution.

**LE POUVOIR REGLEMENTAIRE DU PRESIDENT DE
LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE
NOIRE FRANCOPHONE**

Marie-Ange BITSACK - Docteur Ph.D en droit public
Assistante à l'Université de Yaoundé II - Soa, Cameroun

RESUME

L'éclatement de la compétence réglementaire a induit l'élargissement de sa dévolution, qui peut désormais être étendue à des autorités juridictionnelles telle que le Président de la juridiction constitutionnelle. Ce dernier, en tant que chef suprême d'administration, dispose d'un pouvoir réglementaire assez atypique dont la spécificité nécessitait que l'on s'y intéresse. Ce pouvoir normatif lui permet d'édicter unilatéralement des règles adressées à une multiplicité de destinataires, mais pratiquement exemptes de contrôle. L'étude du pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle permet de mettre en exergue une compétence normative à portée variée, et extraordinairement quasi dénuée de censure.

« Les titulaires du pouvoir réglementaire sont particulièrement nombreux et de nature fort variée »¹. C'est par cette affirmation que le Professeur Bertrand SEILLER constatait la diversification de la dévolution du pouvoir réglementaire. Le Professeur Bertrand FAURE quant à lui a évoqué un processus d'éclatement de cette compétence², donnant ainsi naissance à un certain « pluralisme réglementaire »³, fût-il inégalitaire⁴. Il est en effet désormais admis qu'outre les autorités de l'administration centrale et par extension déconcentrée⁵, celles de l'administration locale⁶, les autorités administratives indépendantes⁷ et certaines personnes privées⁸, sont à des échelles variables investies d'un pouvoir réglementaire. Bien plus, cette compétence peut être étendue à des autorités juridictionnelles ! Dans un arrêt, le Conseil d'Etat français reconnaissait déjà à tout chef de service, même en l'absence de toute habilitation d'une loi ou d'un décret, un pouvoir réglementaire lui permettant de prendre les mesures

¹ B. SEILLER, *Droit Administratif, 1.les sources et le juge*, Flammarion, Paris, 2001, p. 99.

² B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19 (dossier : loi et règlements) - Janvier 2006.

³ *Ibid.*

⁴ Les titulaires du pouvoir réglementaire sont limitativement énumérés dans les normes fondamentales. Seuls le Président de la République et le Premier Ministre sont investis d'un pouvoir réglementaire initial ou général c'est-à-dire qui a des fondements constitutionnels. Les autres pouvoirs réglementaires sont généralement subsidiaires et résiduels car non seulement leurs bases sont légales ou réglementaires, mais ils couvrent un domaine d'application spécial et restreint. Lire à ce propos G. PROTIERE, « Les actes administratifs et le pouvoir réglementaire », *Fiches de Droit administratif* (2018), Fiche 18, pages 111 à 116 et B. FAURE, « Règlements locaux et règlements nationaux », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/1 (N° 42), pp. 43 à 51.

⁵ B. SEILLER, *op. cit.*, pp. 98-105.

⁶ Au sujet du pouvoir réglementaire des collectivités locales, lire B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, LGDJ, Coll. BDP, tome 200, 1998. Lire également C. MONEMBOU, « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales dans les Etats d'Afrique noire francophone (les cas du Cameroun, du Gabon et du Sénégal) », *Revue CAMES/SJP*, n°002/2015, p.79-111 et B. SEILLER, *op. cit.*, pp 107-109.

⁷ Lire dans ce sens :

- B. SEILLER *op. cit.*, pp. 105-107,
- N. TOUATI, « Sur le pouvoir réglementaire des autorités de régulation des marchés financiers étude comparative », *La Revue d'enseignant chercheur des études juridiques et politiques*, vol 7, N°1, juin 2022, pp. 2111-2125.

⁸ Le pouvoir réglementaire des personnes morales de droit privé découle de l'interventionnisme économique et social qui leur permet d'agir en lieu et place de l'administration publique dans divers domaines. Lire B. SEILLER, *op. cit.*, pp. 109-110.

nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité¹. Sur cette base, évoquer le pouvoir réglementaire d'une autorité juridictionnelle pourrait d'ailleurs sembler quelque peu utopique, si l'on s'en tient à la nature originelle de ses attributions. Pourtant, on ne saurait inexorablement écarter l'existence d'un tel pouvoir normatif, et c'est d'ailleurs dans cette lignée que s'inscrit le pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle.

L'appréhension de la notion de pouvoir réglementaire peut être ardue, au regard de la pluralité de titulaires et de domaines qu'elle couvre. Toutefois, elle peut être analysée en dissociant tout d'abord les concepts qui la constituent, permettant ainsi de les saisir séparément afin de mieux la cerner. En effet, le terme pouvoir peut être appréhendé suivant une double acception. Il évoque tout d'abord une fonction, faisant référence aux formes d'autorité au sein d'un Etat. Il s'agit en l'occurrence des pouvoirs publics constitués que sont le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Ensuite, la notion de pouvoir renvoie à une compétence. Elle évoque la latitude accordée à une autorité ou à une personne d'user de moyens personnels pour l'exercice d'une attribution. Cette dernière découlerait alors d'une loi ou d'une procuration. De ce fait, le pouvoir peut avoir un caractère général c'est-à-dire couvrir un domaine d'application large, ou spécial c'est-à-dire pour accomplir une action précise, déterminée.

Par ailleurs, l'adjectif réglementaire associé au mot pouvoir dans cette expression est issu du mot règlement. Selon le Professeur SEILLER, les règlements sont des sources du droit, dont la qualité trouverait sa justification dans le fait qu'ils font référence à des « *actes administratifs unilatéraux à portée générale et impersonnelle* »². Les actes réglementaires ressembleraient alors à des lois, car ils « *modifient l'ordonnement juridique par eux-mêmes, sans le consentement de leurs destinataires, lesquels sont déterminés arbitrairement, en*

¹ Arrêt JAMART, Conseil d'Etat, 7 février 1936.

² B. SEILLER, *Op. Cit.*

fonction de leur situation présente ou future »¹. Le seul élément de distinction entre le règlement et la loi serait alors relatif à l'organe qui l'édicte, et l'auteur souligne que cet élément suffit à amoindrir l'autorité juridique du règlement face à la loi². Comme autre corollaire de cette distinction organique, les règlements peuvent faire l'objet d'un recours devant une juridiction de droit commun³, tandis que seul le juge constitutionnel⁴ a compétence pour contrôler une loi⁵. A cette conception, il faudrait cependant ajouter deux précisions pour une meilleure acception du terme règlement. Premièrement et suivant un critère finaliste, s'il s'agit d'un acte administratif unilatéral à portée générale et impersonnelle, ce dernier a pour but soit d'assurer l'exécution d'une loi⁶, soit de régler des matières nouvelles⁷. Ensuite, les actes administratifs unilatéraux ne sont pas toujours destinés à modifier l'ordonnancement juridique, ils peuvent également avoir une fonction d'orientation ou explicative⁸.

Au regard de ce qui précède, le pouvoir réglementaire peut ainsi être appréhendé comme la capacité dévolue à une autorité compétente, d'émettre unilatéralement des actes administratifs comportant des dispositions à caractère général et impersonnel, dans le but d'assurer l'exécution d'une loi ou de régler des matières nouvelles⁹. Il se distingue donc aisément du pouvoir

¹ *Ibd.*

² *Ibd.*

³ Le juge administratif a une compétence de principe, tandis que le juge judiciaire a une compétence d'exception. Lire dans ce sens Y. BROUSOLE, « La compétence d'exception du juge judiciaire », *Fiches d'introduction au droit public*, fiche 29, 2019, pp. 182-190 ;

⁴ Vocabulaire employé ici comme parfaitement synonyme de juridiction constitutionnelle. A. MAKOUGOU, « Le juge constitutionnel et la fin du mandat présidentiel en Afrique francophone », *RADP*, Vol X, N° 24, Supplément 2021 p. 197.

⁵ Lire YUHWIWO NGENGE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois », *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest, Analyse comparée*, IDEA International, pp 97-110.

⁶ On parlera dans ce cas de règlement d'application qui s'appuie sur une loi et ne peut l'enfreindre. Lire dans ce sens le lexique des termes juridiques, Editions DALLOZ.

⁷ Il s'agira ici d'un règlement autonome qui est pris spontanément et à titre exclusif dans des matières autres que celles réservées à la loi. (Cf. Lexique des termes juridiques, Editions DALLOZ).

⁸ Y. BROUSOLE, « Les actes administratifs unilatéraux non décisifs », *Fiches d'Introduction au droit public* (2019), pp. 241 à 244.

⁹ Lire dans ce sens M. BENILLOUCHE, A.-L. CHAVRIER, S. CORIOLAND, M. DELAMARRE, « Le pouvoir réglementaire », *Leçons d'Introduction au droit*, Collection leçons de droit, 2^e édition,

législatif, qui lui est dévolu au Parlement. La précision de la compétence est essentielle dans la mesure où si le pouvoir réglementaire est réservé à une autorité, ce ne sont cependant pas toutes les autorités qui en sont attributaires. L'exercice d'un tel pouvoir est étroitement lié à la notion de service public, et donc limité à des autorités administratives spécifiques¹, mais peut être étendu à des autorités privées investies d'une mission de service public.

Historiquement l'apanage du pouvoir exécutif², le pouvoir réglementaire est donc désormais indéniablement dévolu à d'autres organes, au rang desquels peut être compté le Président de la juridiction constitutionnelle. Cette attribution n'est qu'un corollaire de la progression continue de la haute instance vers l'apogée de son autonomisation. En effet, le vent de renouveau constitutionnel qui a soufflé en Afrique³, insufflé par un désir d'avancée effrénée vers la démocratie et l'Etat de droit, a favorisé la reconsidération des juridictions constitutionnelles⁴. Ces dernières sont désormais dotées du pouvoir de se régir elles-mêmes en fixant leurs propres règles⁵. On peut affirmer qu'elles disposent d'une quasi exclusivité⁶

Ellipses, 2016, pp 54-60. Lire également E. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, thèse de doctorat, Université de Lille, 2019.

¹ M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799*, Coll. les grandes thèses du droit français, PUF, 1992, p. 1 à 22.

² L'administration trouve en effet son fondement dans la notion de pouvoir exécutif dont elle représente le bras séculier. Lire M.-C. ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives*, 2e Ed, Bruxelles, paradigmes, 2014, p.169.

³ Dès le début des années 1990 l'on a assisté à la réécriture de plusieurs normes fondamentales à travers l'Afrique, subséquemment à la conjoncture interne des Etats et au libéralisme issu de l'environnement international qui imposaient la judiciarisation de la vie politique. Lire dans ce sens S. P. ZOGO NKADA, « Le nouveau constitutionnalisme africain et la garantie des droits socioculturels des citoyens : cas du Cameroun et du Sénégal », *Revue française de droit constitutionnel* 2012/4 (n° 92)2012/4, Éditions Presses Universitaires de France, pages 1 à 17 ; Lire également J. N. TAMA, « Le nouveau constitutionnalisme africain des années 90 entre dextérité et bégaïement: esquisse de bilan », *Revue juridique et politique des Etats francophones* (ISSN 1766-2516), 2012, vol 66, pp. 317-347.

⁴ Les juridictions constitutionnelles étaient en effet en hibernation durant les trois premières décennies post-indépendance. Lire dans ce sens F. MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in G. Conac (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, trois volumes, Paris, Economica, 1989, P.3-39.

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Paris, Puf, 2010, p.106.

⁶ On ne saurait affirmer que ce pouvoir est totalement exclusif étant donné que le législateur organique dispose d'une compétence de principe en matière d'élaboration des règles régissant les juridictions constitutionnelles. On peut faire référence entre autres à la loi organique n° 2004/004 du 21 avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel au

lorsqu'il s'agit de l'édition des normes qui les régissent, et cet état de fait met en exergue un pouvoir réglementaire peu abordé. L'existence de ce dernier peut se justifier sous un double prisme fonctionnel et organique.

Primo, de nos jours les compétences du juge constitutionnel se sont étendues bien au-delà de fonctions essentiellement contentieuses¹. Il dispose désormais de compétences non contentieuses qui font référence à des « *actes produits par les juridictions constitutionnelles en dehors de l'exercice de la fonction juridictionnelle* »². Ces actes juridiques n'ont pas pour objectif de trancher un litige, et ne sont ainsi pas dotés de l'autorité de la chose jugée bien qu'étant parfois contraignants³. De cette première justification, découle naturellement la suivante.

Secundo, la nature inhérente même aux juridictions constitutionnelles modernes suppose qu'en dehors de leur office, elles aient un fonctionnement interne autonome et continu. Ce sont pour la plupart des organes spécialisés et

Cameroun, la loi organique n°011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil constitutionnel et procédure applicable devant lui au Burkina Faso, la loi organique n° 91/009 du 04 mars 1991 sur la Cour constitutionnelle du Bénin modifiée par la loi du 17 juin 1997.

¹ Les fonctions contentieuses du juge constitutionnel sont matérialisées par le contrôle de constitutionnalité des normes, le contentieux électoral, le contrôle des opérations référendaires, la gestion des conflits d'attribution entre autorités publiques, voire même des compétences pénales. Certaines constitutions à l'instar de celle de la RDC font en effet de la juridiction constitutionnelle le juge pénal des gouvernants pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 163 de la Constitution de RDC du 18 février 2006 dispose que : « *La Cour Constitutionnelle est la juridiction pénale du Chef de l'Etat et du Premier Ministre dans les cas et conditions prévus par la Constitution* ». Sur les compétences contentieuses des juridictions constitutionnelles, lire :

- YUHNIWO NGENGE, *Op. Cit.*
- BABACAR KANTE et H. KWASI PREMPEH, « Les autres attributions des juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité », *Ibid.*, pp.111-126.
- J. M. BIKORO, « La compétence pénale des juridictions constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone », *RIDC* 1-2021 pp. 201-233.
- C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, réed, 1986, 383 p.

² C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 69 N°1,2017. pp. 177-209. Lire utilement dans ce sens J. M. BIKORO, *La fonction consultative des juridictions constitutionnelles*, Collection « Etudes africaines », L'Harmattan, 2021, 240 p.

³ *Ibid.*

détachés des juridictions de droit commun¹, voire même du pouvoir judiciaire², bien que parfois rattachés à la Cour Suprême³. Outre les compétences juridictionnelles pour lesquelles elles ont été initialement créées, les textes qui les régissent prévoient l'existence d'une activité interne pilotée par une administration⁴. Elles ne sont donc pas des instances *ad hoc*⁵. Les textes leur octroient également une liberté en matière d'édiction des normes qui régissent cette administration. Or, l'existence d'une administration gérée de façon autonome au sein de la juridiction constitutionnelle constitue l'essence même de la matérialisation d'un pouvoir réglementaire⁶.

En tant qu'autorité hiérarchique suprême de l'administration de celle-ci, le Président de la juridiction constitutionnelle est chargé d'en assurer la gestion. Le Professeur Danièle LOCHAK évoquait d'ailleurs le fait qu' « *on ne peut parler du fonctionnement interne de l'administration sans évoquer le principe hiérarchique* »

¹ C'est le cas du Gabon dont la loi constitutionnelle dispose que : « *La justice est rendue au nom du peuple gabonais par la Cour constitutionnelle, la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat, la Cour des Comptes, les Cours d'Appel, les tribunaux, la Haute instance de Justice et les autres juridictions d'exception* » (Article 67 de la Constitution du 21 mars 1991 modifiée), du Burundi (Lire le Chapitre 3 du Titre VIII de la Constitution burundaise du 18 mars 2005), et du Sénégal (Article 88 de la Constitution modifiée de 2001).

² C'est l'option retenue par les textes constitutionnels du Cameroun (Titre VII de la Constitution modifiée du 18 janvier 1996 modifié), de la Côte-d'Ivoire (Titre VIII de la Constitution du 08 novembre 2016), du Mali (Titre IX de la Constitution du 27 février 1992), et du Togo (Titre VI de la Constitution du 14 octobre 1992 modifiée).

³ C'est le cas du Tchad où l'article 157 de la Constitution du 04 mai 2018 dispose que : « *La Cour Suprême est la plus haute juridiction du Tchad en matière judiciaire, administrative, constitutionnelle et des comptes* ».

⁴ L'article 2 du Décret n°2018/104 du 07 février 2018 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat général du Conseil constitutionnel au Cameroun fait référence aux services administratifs et techniques qui constituent le secrétariat général du Conseil constitutionnel et qui concourent au fonctionnement de ce dernier.

⁵ A l'instar de la Haute Cour de justice qui ne siège que lorsqu'elle est convoquée pour statuer sur une affaire précise.

⁶ En droit administratif, toute administration intervient de manière active dans la production normative. Cette dernière peut être subordonnée et consister à l'élaboration de normes d'application des lois ou des décrets, ou alors autonome et consister à la réglementation de matières nouvelles. Dans un cas comme dans l'autre, l'édiction de normes vise la réglementation de l'administration en question. Sur le lien entre l'activité administrative et l'édiction de normes, lire J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société* 2011/3 (n° 79), pp. 623 à 636.

qui en est la clé de voûte »¹. C'est ce mode d'organisation que l'on retrouve dans toute entité évoluée et la juridiction constitutionnelle n'échappe pas à cette logique. Elle dispose d'une administration hiérarchisée qui induit l'existence d'une haute autorité et de services subordonnés². C'est ainsi qu'aussi bien dans son office qu'en dehors de celle-ci, elle est soumise à l'autorité hiérarchique de son Président. Faisant référence à la hiérarchie au sein de l'administration de la juridiction constitutionnelle, Julien THOMAS affirme que « *le management de ses services est respectivement assuré par le Président du Conseil constitutionnel, le secrétaire général et ses adjoints* »³. C'est cette formule qui est transposée dans quasiment tous les Etats d'Afrique noire francophone, où l'administration des juridictions constitutionnelles est superposée. Bien que le Secrétaire Général dispose de plusieurs pouvoirs au sommet, le Président lui est supérieur. Il est l'autorité administrative suprême au sein de la juridiction constitutionnelle⁴. C'est ainsi qu'en RDC⁵, au Niger⁶ et en Côte d'Ivoire⁷, il est le chef de l'administration de la juridiction constitutionnelle. Le recours même au terme « Président » traduit à suffisance l'importance et la prépondérance de ce dernier sur les autres membres de la juridiction et au sein de son administration⁸. Le Président est en effet celui qui préside, c'est le chef !⁹ Cette prééminence s'explique par son mode

¹ D. LOCHAK, « Le sens hiérarchique », *Psychologie et science administrative*, Presses Universitaires de France, pp.147-156, 1985.

² La hiérarchie traduisant en droit administratif les rapports qui existent entre un supérieur et un subordonné. Sur le principe hiérarchique lire MORAND-DEVILLER (J) : *Cours droit administratif*, Montchrestien, 11e édition, 2009, 943 p.

³ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Thèse soutenue en 2009 à Paris 1, sous la direction de Jean Gicquel, p. 97.

⁴ F. J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, 2014, p.25.

⁵ Article 38 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du 15 octobre 2013.

⁶ L'article 20 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Niger dispose que : « *le Président de la Cour constitutionnelle est chargé de l'administration de la Cour constitutionnelle(...)* ».

⁷ Article 34 du Décret n°2005-291 du 25 août 2005 déterminant le Règlement, la composition et le fonctionnement des services, de l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, ainsi que les conditions d'établissement de la liste des rapporteurs adjoints.

⁸ J. M. BIKORO, *La fonction consultative des juridictions constitutionnelles*, Collection « Etudes africaines », L'Harmattan, 2021, pp. 92-93.

⁹ *Ibd.*

de désignation distinct¹, et ses attributions singulières² au sein de la juridiction constitutionnelle dont le vocable requiert des éclaircissements.

La notion de juridiction constitutionnelle est utilisée dans ce contexte pour faire référence à l'organe chargé d'assurer la garantie de l'autorité de la Constitution³. Il peut s'agir d'un ensemble des cours et tribunaux sous le contrôle de la Cour suprême, ou de juridictions spécialisées distinctes des juridictions ordinaires⁴. La notion de juridiction constitutionnelle nécessite d'être distinguée de la notion voisine de justice constitutionnelle, qui quant à elle est plus large et englobe à la fois les organes et les procédures qui contribuent à assurer la garantie juridictionnelle de la Constitution⁵. Qu'elle ait la dénomination de Conseil constitutionnel comme c'est le cas au Sénégal, en Côte d'Ivoire ou au Cameroun, de Cour constitutionnelle tel qu'en vigueur au Benin, en RDC ou au Gabon, ou même de Haute Cour constitutionnelle comme à Madagascar, elle évoque une même réalité.

Le pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle s'inscrit dans le cadre de ses attributions spécifiques, distinctes de celles de l'ensemble des membres de la juridiction. Il fait référence à sa capacité, en tant qu'autorité hiérarchique suprême de cette dernière, à édicter de façon unilatérale

¹ Au-delà du mode de désignation commun des membres de la juridiction constitutionnelle, le Président de la juridiction constitutionnelle est choisi dans les Etats d'Afrique noire francophone parmi ces membres soit directement par le Président de la République (article 129 de la Constitution ivoirienne, article 183 de la Constitution congolaise), soit par ses pairs à travers le mécanisme des élections (article 116 de la loi constitutionnelle béninoise, article 99 de la loi constitutionnelle centrafricaine, article 123 de la loi constitutionnelle du Niger).

² Le Président de la juridiction constitutionnelle joue un rôle prééminent au sein de la Haute instance autant pendant son office qu'en dehors de son office. Pendant son office c'est lui qui préside les séances et en coordonne le déroulement (article 18 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Congo). En dehors de son office, il est chargé de l'administration de la juridiction constitutionnelle dont il est l'acteur budgétaire principal (article 9 de la loi portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel de Côte-d'Ivoire).

³ M. WALINE, « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *RDJ*, 1928, p.441.

⁴ A. SALEM OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique - Évolutions et enjeux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Année 1998 13-1997 p. 31.

⁵ J. MORAND-DEVILLER et A. LE DIVELLECC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Sirey, 2015, p. 206.

des actes administratifs à portée variée. Cette prérogative lui permet de compléter les limites du législateur au travers d'actes réglementaires autonomes, ou encore de prendre des mesures pour assurer l'exécution des lois. Il s'agit d'une compétence dérivée¹, car tirant son fondement des lois organiques et décrets relatifs à l'organisation et au fonctionnement des Conseils ou Cours constitutionnels². Dans un contexte où la doctrine s'intéresse généralement aux actes des juridictions constitutionnelles prises dans leur globalité³, la mise en lumière singulière du Président de la haute instance s'avère nécessaire au regard du leadership qu'il y exerce.

Par ailleurs, l'intérêt porté aux Etats d'Afrique noire francophone peut se justifier par une certaine homogénéisation des systèmes, fruit du legs d'une tradition juridique commune⁴. Ils sont en effet bien au-delà de l'aspect linguistique et de la localisation géographique plus ou moins rapprochée, liés par une histoire commune et par les similitudes des options constitutionnelles. Ils ont

¹ Par opposition au pouvoir réglementaire initial ou général du Président de la République et du Premier ministre qui ont des bases constitutionnelles.

² Au Sénégal on peut évoquer la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel, à Madagascar l'ordonnance n°2001-003 portant loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle, Au Cameroun la loi n°2004 /004 du 21 avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil Constitutionnel et le Décret n°2018/104 du 07 février 2018 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général du Conseil constitutionnel.

³ Et principalement aux actes juridictionnels des juridictions constitutionnelles car une pléthore de thèses, d'articles et d'ouvrages y sont consacrés. Pour quelques témoins :

- B. ISSA ABDOURHAMANE, *Les cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique. Analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Niger*, Thèse pour le Doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, oct. 2001, 339 p.
- T. ONDO, « L'autorité des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone », *Revue juridique et politique des états francophones* (ISSN 1766-2516), 2012, pp. 453-480.
- L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 598 p.

⁴I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le Constitutionnalisme des Etats d'Afrique*. Paris, L'Harmattan, 2008, p. 31.

en partage une histoire constitutionnelle marquée par une convergence tant idéologique que temporelle¹.

Tel que préalablement relevé, l'émancipation de la juridiction constitutionnelle dans les Etats d'Afrique noire francophone a induit conséquemment son autonomisation. De par cette dernière, son Président peut indéniablement en tant qu'autorité chargée de la diriger, être inscrit dans la lignée de la dévolution du pouvoir règlementaire. Si diverses autorités administratives en sont désormais attributaires, son domaine d'application varie en fonction du titulaire et de ses missions. Et quelque soit sa portée, il demeure en principe soumis au droit². Le Président de la juridiction constitutionnelle étant une autorité distinctive³, son pouvoir règlementaire paraît atypique et soulève des interrogations liées à son étendue et à son encadrement. Au regard de ce fait, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir *comment peut-on appréhender le pouvoir règlementaire du Président de la juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone ?* Cette interrogation revêt ainsi un double intérêt théorique et pratique.

Sur le plan théorique, elle permet de quantifier le degré d'autonomie normative des juridictions constitutionnelles sur la base des prérogatives de leur Président. Cela est d'autant plus pertinent lorsqu'on sait que son mode de désignation est fortement politisé en Afrique noire francophone, ce qui est de nature à fragiliser sa légitimité et son autorité⁴. Sous un prisme pratique, cette interrogation permet

¹ Lire à ce propos S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels. Etude des cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, 536p.

² S'il est admis avec le Professeur Maurice Hauriou que le pouvoir règlementaire matérialise le privilège du préalable dont jouit l'administration, il n'en demeure pas moins que des recours peuvent être initiés devant le juge administratif contre toute décision administrative. Voir arrêt Conseil d'État, 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte.

³ Le Président de la juridiction constitutionnelle est d'abord une autorité juridictionnelle avant d'être le chef suprême de l'administration de la juridiction en question.

⁴ Dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, le Président de la juridiction constitutionnelle est nommé par le Président de la République, ce qui pourrait induire de façon implicite un assujettissement de celui-ci à l'autorité de nomination, surtout dans les cas où le mandat est renouvelable. Au Cameroun par exemple, le Président du Conseil constitutionnel est nommé par le Président de la République pour un mandat de 6 ans « éventuellement renouvelable ». (Article 51 alinéa 2 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée).

de mettre en lumière les compétences du Président de la juridiction constitutionnelle en dehors de toute activité contentieuse. Cela induit le dévoilement d'un aspect de l'activité interne des hautes instances.

Mener une réflexion sur le pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone nécessite une mobilisation des textes constitutionnels et infra constitutionnels régissant ces juridictions, mais pas que. Bien plus, le recours à leur production réglementaire et aux pratiques en vigueur permettra de mieux cerner le sujet. C'est donc affirmer que dans le cadre de cette étude, le positivisme méthodologique¹ sera mobilisé dans sa dimension pragmatique². Ainsi, l'appréhension du pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle permet de mettre en exergue un pouvoir normatif atypique car faiblement contrôlé (II), bien qu'il soit incontestablement diversifié (I).

I- Un pouvoir incontestablement diversifié

Il ne fait nul doute que le pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle est diversifié. Cette pluralité est relative tant aux actes édictés (A), qu'à leurs destinataires (B).

A- La diversification des actes édictés par le Président de la juridiction constitutionnelle

La multitude d'actes administratifs unilatéraux émis par le Président de la juridiction constitutionnelle dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ont des natures et des dénominations diverses. Ils peuvent être abordés sous un double aspect suivant qu'ils sont décisifs (1) ou non décisifs (2).

¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 9.p. 111.

² B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 57.

1- Les actes décisaires

L'adjectif « décisaire » est dérivé du mot décision qui évoque deux idées respectives. Premièrement, la décision traduit une volonté unilatérale. Ensuite, elle produit des effets de droit. Le critère d'impérativité est donc requis lorsqu'on évoque un acte décisaire, étant donné qu'il s'impose aux tiers et de ce point de vue, fait grief. **Maurice HAURIOU** appréhende l'acte décisaire comme « *toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative* »¹. Cette définition permet d'identifier un critère autre que ceux sus mentionnés. Il s'agit de l'autorité dont émane l'acte qui n'est autre qu'une autorité administrative². Ce type d'actes relève donc de façon principielle du domaine de l'administration publique, dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, pour sa mission de satisfaction de l'intérêt général.

Considérant ce fait, l'édition d'actes administratifs décisaires par une autorité juridictionnelle telle que le Président de la juridiction constitutionnelle suscite une interrogation car elle semble originale. L'on pourrait en effet se poser la question de savoir si les actes décisaires de ce dernier ont un but et une finalité similaires à ceux des autorités de l'administration publique. A cette interrogation, on peut répondre par la négative, car tandis que l'administration publique est dotée de cette compétence pour une mission de service public à portée générale, le Président de la juridiction constitutionnelle en est doté pour une mission de service public juridictionnel³. L'organisation et l'administration interne de la juridiction constitutionnelle par la haute autorité imposent en effet l'édition de

¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12 éd., 1933, réimp. Paris, Dalloz, 2002, p. 371.

² La dérogation à ce principe étant l'attribution de cette compétence à des autorités privées accomplissant une mission de service public.

³ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, janv.-fév., pp. 29-52.

divers actes administratifs décisifs, que sont principalement les ordonnances et les règlements.

L'ordonnance peut être appréhendée sous un double prisme. Au terme de la Constitution française de 1958, l'ordonnance est une mesure prise par le gouvernement dans des domaines qui relèvent en principe de la loi¹. L'adoption d'une ordonnance dans ce contexte est alors soumise au vote d'une loi d'habilitation par le parlement. Des dispositions similaires sont visibles dans la loi constitutionnelle du Cameroun². La précision de la prise de la mesure par le gouvernement semble en corrélation avec l'idée selon laquelle il s'agit d'un acte imparti principalement à l'administration publique. En droit processuel, une ordonnance peut être assimilée à une décision prise provisoirement par un juge au regard de l'urgence d'une situation, ou afin d'éviter que celle-ci n'empire. Sa casquette de juge pourrait laisser croire que les ordonnances émises par le Président de la juridiction constitutionnelle auxquelles il est fait allusion, relèvent de ses compétences juridictionnelles. *Que nenni !* La lecture des textes régissant l'organisation et le fonctionnement des juridictions constitutionnelles permet de déterminer la nature de ces ordonnances.

Selon le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Congo, le Président de la Cour : « *décide par ordonnance* »³. Au Gabon, la loi dispose que : « *le Président de la Cour constitutionnelle exerce les prérogatives que lui confèrent les textes législatifs et réglementaires [...]. Il rend après consultation des membres de la Cour, des ordonnances qui ne sont susceptibles d'aucun recours* »⁴. Une disposition semblable est visible au Bénin où : « *le Président de la Cour constitutionnelle exerce les pouvoirs et les prérogatives que lui confèrent la Constitution et les lois organiques [...]. Il rend, après consultation des membres*

¹ Art 38 de la Constitution française de 1958.

² Art 28 de la loi constitutionnelle du Cameroun.

³ Art 9 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Congo.

⁴ Loi organique du 26 septembre 1991 modifiée par la loi n° 13/94 du 17 septembre 1994 sur la Cour constitutionnelle du Gabon.

de la Cour, des ordonnances qui ne sont susceptibles d'aucun recours »¹. Ces dispositions mettent clairement en évidence l'autorité des ordonnances rendues par la haute autorité. Toutefois, les formulations syntaxiques de ces textes pourraient également inférer une disparité dans les interprétations, et prêter à équivoque quant à la relation avec une activité juridictionnelle. En effet, « *le verbe rendre induit de façon principielle l'idée de jugements, de décisions* »². En réalité, il n'en est rien car « *dans l'examen minutieux des compétences dévolues aux juridictions constitutionnelles, il n'est nullement mentionné les éléments pouvant donner lieu à des ordonnances de nature juridictionnelle* »³.

Certaines dispositions relatives aux ordonnances du Président de la juridiction constitutionnelle démontrent en effet qu'il ne s'agit nullement de compétences juridictionnelles, au regard du contexte de leur émission. C'est le cas du Décret n° 000015 /PR portant organisation et fonctionnement des services de la Cour constitutionnelle du Gabon. Il dispose en son article 25 que : « *Le Président de la Cour constitutionnelle peut par ordonnances charger une ou plusieurs personnes visées à l'article 24 ci-dessus de toutes missions spécifiques dans l'intérêt du centre d'études et de recherches constitutionnelles et législatives* ». Au Congo, « *le Président de la Cour constitutionnelle assure le fonctionnement général de la Cour [...] Il décide par ordonnance* »⁴. Toujours au Congo, les membres des cabinets sont nommés par ordonnance du Président de la Cour constitutionnelle, qui fixe également le montant de leurs indemnités par ordonnance⁵. Au Bénin, le Président de la Cour constitutionnelle nomme le Directeur du cabinet, le secrétaire particulier, le chef de protocole, les chargés

¹ Art 10 du règlement intérieur du 16 septembre 2005 de la Cour constitutionnelle du Benin.

² C. MONEMBOU, *Op. cit.* p.185.

³ *Ibid.* Il convient de relever que les ordonnances de non admission de recours dans certaines juridictions constituent une exception.

⁴ Art. 9 du Règlement intérieur, *Op. cit.*

⁵ Art. 19 et 22 du Règlement intérieur. *Op. cit.*

de mission, l'attaché de presse par ordonnance¹. Des dispositions similaires sont perceptibles à lecture du règlement intérieur du Conseil constitutionnel du Burkina Faso où il est mentionné que la secrétaire particulière et le chef de protocole du cabinet du Président sont nommés par des ordonnances². Ces dispositions permettent d'établir la nature réglementaire des ordonnances émises par le Président de la juridiction constitutionnelle. C'est par ce biais qu'il prend des décisions relatives à l'organisation des services administratifs de la Haute instance. Elles n'ont pas de lien avec une quelconque activité contentieuse, et ressortissent au pouvoir réglementaire. Les ordonnances traduisent donc une catégorie d'actes décisifs émis par le Président de la juridiction constitutionnelle, bien qu'elles soient souvent assimilées aux règlements.

Tout comme les ordonnances, les règlements relèvent généralement du domaine de compétence de l'exécutif, et ont pour but de fixer une règle ou une instruction générale. Constituent des règlements les ordonnances avant ratification, les décrets, les arrêtés, les circulaires réglementaires ou impératives, les délibérations. Ils peuvent être regroupés en deux grandes catégories. D'une part les règlements d'application ou d'exécution dont l'émission est un corollaire de la nécessité de mise en application d'une loi sur laquelle ils sont fondés. Ils s'opposent aux règlements autonomes qui sont émis spontanément dans un domaine autre que ceux réservés à la loi.

Concernant la première catégorie de règlements c'est-à-dire d'exécution, cette prérogative du Président de la juridiction constitutionnelle est liée aux lois et se matérialise par l'émission de décisions, d'arrêtés, ou encore des circulaires réglementaires. C'est ainsi qu'au Burkina Faso, le Président du Conseil constitutionnel prend les arrêtés nécessaires à l'exécution du règlement intérieur

¹ Articles 13 à 17 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin adopté le 16 septembre 2005.

² Art. 20 et 21.

de la Haute instance¹. Les règlements intérieurs constituent des actes internes indispensables au bon fonctionnement de la juridiction constitutionnelle et qui sont établis sous l'autorité de son Président². En tant qu'ordonnateur principal des dépenses³, le Président est chargé de déterminer par arrêté le règlement financier de la juridiction constitutionnelle⁴. Il émet par ailleurs des circulaires réglementaires en vue de donner des instructions aux subordonnés⁵. La circulaire n°04/SPCM/CFLS/EER/2018 du 06 avril 2018 du Président de la Cour constitutionnelle de RDC relative à la mise en exécution de l'article 14 du Protocole de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en est une illustration. Bien plus, le recrutement du personnel de la juridiction constitutionnelle et l'affectation à certains postes se font également au moyen de règlements. En Côte d'Ivoire, le Président de la juridiction constitutionnelle procède : « *aux nominations et aux révocations à tous les emplois, à l'avancement, à la notation et à la sanction* »⁶. La mise en œuvre de son pouvoir disciplinaire sur le personnel lui permet de procéder à des suspensions ou à des révocations par voie de règlement. C'est le cas au Niger où il « *est chargé de l'administration de la Cour constitutionnelle et de la discipline du personnel administratif et technique* »⁷, ou en Côte d'Ivoire où « *l'administration et la discipline du Conseil Constitutionnel sont assurées par le Président* »⁸. Les règlements de police des audiences peuvent également être adoptés par les Présidents des hautes instances pour assurer le bon

¹ Art. 98 du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

² Loi n° 91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

³ Lire dans ce sens l'article 26 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Togo ; On peut également se référer à l'article 9 de la loi portant organisation et fonctionnement du Conseil Constitutionnel de Côte-d'Ivoire.

⁴ Art. 10 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin du 16 septembre 2005.

⁵ P. FOILARD, *Droit administratif*. 3ed. Bruxelles, paradigmes, 2014, p187.

⁶ Article 34 du Décret n°2005-291 du 25 août 2005 déterminant le Règlement, la composition et le fonctionnement des services, de l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, ainsi que les conditions d'établissement de la liste des rapporteurs adjoints.

⁷ Article 20 de la loi organique régissant le fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Niger

⁸ Article 8 de la loi portant organisation et fonctionnement du Conseil Constitutionnel.

fonctionnement de l'institution¹. Au-delà de l'organisation de l'administration interne en application de la loi, le Président de la juridiction constitutionnelle peut également émettre des normes inédites.

Les règlements autonomes n'ont en effet pas de lien direct avec une loi préexistante. A titre illustratif c'est par le biais d'un arrêté que le Président du Conseil constitutionnel du Sénégal a institué en 2019 le prix de thèse du Conseil constitutionnel et fixé son règlement². Cet arrêté avait pour but l'instauration d'un système de récompense des thèses de doctorat sénégalaises portant sur la justice constitutionnelle du pays, dans le but d'encourager et de stimuler les recherches en droit constitutionnel. L'originalité de cette initiative du Président du Conseil constitutionnel sénégalais tient au fait qu'elle ne découle pas particulièrement d'une loi, mais a été entamée de façon spontanée. Au-delà d'actes décisives, le pouvoir réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle s'étend également à l'édition d'actes non décisives.

2- Les actes non décisives

Les actes non décisives relèvent du droit souple ou « droit mou »³. Ils évoquent des actes qui n'ont pas d'effet normatif, et sont donc dépourvus de caractère obligatoire. Il s'agit certes d'actes administratifs unilatéraux, mais qui ne peuvent toutefois avoir des effets sur la situation juridique des administrés. Ce sont des actes d'orientation, qui ne font pas grief et qui sont insusceptibles de recours pour excès de pouvoir⁴. Ces actes sont certes dispensés de

¹ L'article 10 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin précise que le Président « [...] préside les audiences et les réunions dont il assure la police ». L'article 21a de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 modifiée par la loi n° 13/94 du 17 septembre 1994 sur la Cour constitutionnelle du Gabon va dans le même sens en attribuant la même prérogative au Président de la Cour constitutionnelle. Lire dans ce sens Monembou (C.), *Op. Cit.* p.185.

² Arrêté n°6/2019 portant création du prix de thèse du Conseil constitutionnel et fixant son règlement.

³ Le droit souple évoque un ensemble de règles dont la juridicité est discutable. Sur le droit souple, lire X. MAGNON, « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *Revue française de droit constitutionnel* 2019/4 (N° 120), pp. 949 à 966.

⁴ Y. BROUSOLE, *Op. Cit.*

formalisme, mais peuvent s'avérer tout aussi contraignants, car le fait d'exprimer une orientation peut aussi bien avoir un impact sur le comportement. Ils ont des dénominations diverses : avis, directives devenues lignes directrices, recommandations, circulaires interprétatives etc. Dans le même ordre d'idée, Yves BROUSSOLLE, évoque « *les actes de préparation et d'exécution des décisions, les mesures d'ordre intérieur, les circulaires et les directives* »¹. L'auteur opère également une distinction entre les actes non décisifs en amont d'une décision que sont les avis, les enquêtes, renseignements..., de ceux postérieurs à la décision². On peut aisément affirmer que la compétence réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle s'étend aux actes non décisifs. On pourrait recenser de manière non exhaustive les avis qui sont clairement prévus les textes, les directives ou lignes directrices et les circulaires interprétatives.

L'avis peut être appréhendé comme une opinion exprimée, en réponse à une question posée par un organisme habilité à cet effet. En droit administratif, les avis constituent les résultantes de procédures formalistes préalables à la prise d'une décision. Ce sont en effet des mesures préparatoires qui participent à l'élaboration d'un futur acte normatif, et qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours. Plus simplement, l'avis est un « *acte préliminaire à un acte administratif ou à un contrat* »³. Il convient cependant d'opérer un distinguo entre l'avis facultatif, l'avis obligatoire et l'avis conforme⁴. L'avis facultatif et l'avis obligatoire sont de simples mesures préparatoires à une décision administrative et qui se distinguent l'un de l'autre selon que l'autorité administrative ait l'obligation de le recueillir ou non. L'avis conforme quant à lui, constitue une véritable décision⁵. L'émission d'avis fait référence à une « *fonction permettant aux juridictions constitutionnelles de faire office d'expert et de conseiller*

¹ *Ibd.*

² *Ibd.*

³ O. DUHAMEL et Y. MENY, Dictionnaire constitutionnel. Paris, puf, 1992, p 69.

⁴ D. SY, *Droit administratif*, Dakar, Credila, 2014, 420 p.

⁵ L. DESFONDS, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif », AJDA, 2002, p. 949 et s.

juridique [...] dans une pluralité de domaines »¹. Si la compétence en matière d'avis est reconnue à la juridiction constitutionnelle dont le répertoire d'avis est d'ailleurs riche², il est à noter qu'elle est également attribuée de façon spécifique à son Président par les textes³.

On peut ainsi lire dans la loi constitutionnelle camerounaise qu'« *en cas de crise grave ou lorsque les circonstances l'exigent, le Président de la République peut, après consultation du Président du Conseil Constitutionnel [...] demander à l'Assemblée nationale de décider, par une loi, de proroger ou d'abrèger son mandat* »⁴. Le même texte dispose que « *le Président de la République, après consultation du Président du Conseil Constitutionnel [...] peut soumettre au référendum tout projet de réforme qui bien que relevant du domaine de la loi, serait susceptible d'avoir des répercussions profondes sur l'avenir de la Nation et les institutions nationales [...]* »⁵. De ces dispositions, il ressort qu'en matière de prorogation ou d'abrègement du mandat de l'Assemblée nationale et en matière de consultation référendaire, l'avis du Président de la juridiction constitutionnelle est requis. Dans le même ordre d'idées, au Bénin « *le Président de la Cour Constitutionnelle est compétent pour [...] donner son avis au Président de la République dans les cas prévus aux articles 58 et 68* »⁶. C'est la même formule qui est adoptée au Niger, où le Président de la République est tenu de consulter le Président de la Cour constitutionnelle avant la prise de mesures

¹ C. MONEMBOU, *Op. cit.* p.191.

² On peut citer de manière non exhaustive l' *Avis n°2007-03/CC de 2007* du Conseil Constitutionnel Burkinabé relatif à la vérification de la conformité à la Constitution d'un accord signé entre l'Etat et la Banque islamique de développement, l'*Avis n°CI-2014-A-137/10-06/CC/SG du 10 juin 2014* du Conseil constitutionnel ivoirien relatif à la vérification de la conformité à la Constitution de la loi fixant les conditions du travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs, ou encore l'*Avis n° 002/CC du 29 janvier 2016* de la Cour Constitutionnelle du Niger sur le projet d'ordonnance portant prorogation de l'état d'urgence dans la région de DIFFA.

³ J. M. BIKORO, *Op. Cit.*

⁴ Article 15 alinéa 4 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée.

⁵ Article 36 alinéa 1 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée.

⁶ Article 119 de la Constitution du 11 décembre 1990.

exceptionnelles¹. De ce fait, le questionnement qui pourrait être soulevé a trait à la nature des avis émis par le Président de la juridiction constitutionnelle.

A cette interrogation, on peut répondre en affirmant qu'il s'agit d'avis obligatoires. En effet, les textes constitutionnels imposent à l'autorité administrative de recueillir l'avis du Président, mais non pas de le prendre en compte. Toutefois, ignorer un avis du Président de la juridiction constitutionnelle ne remettrait-elle pas en cause sa légitimité et partant celle de toute cette institution ? La controverse autour de cette question a radicalement divisé la doctrine sénégalaise en particulier. En effet, pour certains en l'occurrence les Professeurs Serigne DIOP et Seydou MADANI, les avis des juridictions constitutionnelles sont essentiellement obligatoires mais pas conformes², étant donné que « *le caractère conforme d'un texte ne se présume pas* »³. Pour d'autres en l'occurrence le Professeur **Ismaël** MADIOR FALL, il s'agit d'avis conformes. Selon lui, le Conseil constitutionnel est une juridiction constitutionnelle et non pas un organe consultatif⁴. Le Professeur camerounais Cyrille MONEMBOU quant à lui a une opinion médiane sur la question⁵. Tout en reconnaissant l'importance des avis, il affirme qu'il convient de distinguer d'une part les avis assimilables à des décisions, qui relèvent de la fonction juridictionnelle des juridictions constitutionnelles et ont ainsi un caractère conforme. D'autre part, les avis émis dans le cadre de leur fonction consultative et donc non juridictionnelle, ne lient pas l'organe consultant⁶.

¹ Art. 67 de la Constitution du Niger du 25 novembre 2010.

² M.-C. ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives*, *op. cit.* p. 182.

³ Lire la lettre du Collectif des quarante-cinq (45) enseignants qui s'est formé au Sénégal suite à l'avis du Conseil Constitutionnel donnant une position favorable à l'opération de révision de la Constitution et en réponse à l'opinion du professeur Ismaël MADIOR FALL qui pense que le Président de la République est lié par l'avis du Conseil Constitutionnel.

⁴ Le Professeur MADIOR FALL a donné cette opinion à la Radio Futurs Media (RFM) le 6 mars 2016.

⁵ C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *op. cit.* p.191.

⁶ *Ibd.*

Compte tenu de toutes ces considérations, on pourrait affirmer que la nature conforme ou non des avis émis par le Président de la juridiction constitutionnelle ne peut être déterminée qu'en fonction du contexte dans lequel ils sont émis. On ne saurait généraliser la nature de ces avis. Tandis que ceux émis dans le cadre d'un contentieux revêtent une forme impérative, ceux émis dans l'exercice de la fonction consultative servent d'éléments d'orientation et ne sauraient avoir un caractère conforme. Malgré leur souplesse, ces avis constituent cependant des fondements à la légitimation des décisions des requérants, étant donné l'expertise de leur auteur. Toutefois, cette légitimation poserait problème au cas où le Président de la juridiction constitutionnelle donnerait un avis favorable pour un acte « vicieux ». Dans ces cas-là, un lien de corrélation pourrait être établi entre la politisation du mode de désignation des Présidents des juridictions constitutionnelles¹ et le « *renouveau d'un constitutionnalisme rédhibitoire* »².

En plus des avis, peuvent être évoquées les directives devenues lignes directrices. La directive peut être appréhendée comme un « *instrument d'orientation des autorités administratives [...] à l'adresse de leurs subordonnés*³ ». Il s'agit en effet d'un acte administratif par lequel le titulaire d'une compétence discrétionnaire, précise la façon dont son action sera menée afin d'en faciliter la compréhension. En effet, « *la directive oriente, elle ne décide pas*⁴ ». En tant que chef suprême d'administration, on peut affirmer sans extrapolation que le Président de la juridiction constitutionnelle a le pouvoir d'édicter des lignes

¹ Cette opinion concerne les Etats où le Président de la juridiction constitutionnelle est nommé par le Président de la République car il pourrait s'établir un contrat implicite et vicieux entre l'autorité qui détient le pouvoir de nomination et l'autorité nommée qui se sentirait alors redevable, et quelque part obligée de donner des avis favorables à ses projets. Par contre dans les Etats où le Président de la juridiction constitutionnelle est élu par ses pairs comme c'est le cas au Mali (article 92 de la Constitution), au Bénin (article 116 de la Constitution) ou au Niger (Article 123 de la Constitution), cette opinion doit être reconsidérée.

² K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », dans *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n° 90), pages 57 à 85.

³ P. FOILARD, *Droit administratif. Op.cit.*p.187.

⁴ M.-C. ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives. Op.cit.*p.171.

directrices adressées à ses subordonnés, tout comme des circulaires interprétatives.

Les circulaires interprétatives contrairement aux circulaires réglementaires qui permettent de donner des instructions, font référence à des actes administratifs unilatéraux par lesquels une autorité administrative indique à ses subordonnés le sens exact de certaines dispositions normatives¹. Elles sont en effet confinées à l'interprétation, car elles se contentent essentiellement de commenter ou d'interpréter les textes juridiques en faveur des subordonnés². Il ne fait nul doute que le Président de la juridiction constitutionnelle dans le cadre de ses compétences relatives à l'administration des hautes instances, peut être appelé à édicter ce type d'acte

De ce qui précède, il appert que les actes administratifs édictés par le Président de la juridiction constitutionnelle dans l'exercice de son pouvoir réglementaire peuvent avoir une nature décisive ou non. Ils sont par ailleurs adressés à des destinataires variés.

B- La diversification des destinataires des actes édictés par le Président de la juridiction constitutionnelle

La portée des actes administratifs du Président de la juridiction constitutionnelle est variée. Elle s'étend tant à des destinataires internes à la juridiction (1), qu'à des destinataires externes (2).

1- Les destinataires internes

¹ www.lex-publica.com, consulté le 22 janvier 2022 à 12h30.

² M.-C. ROUAULT, *Op.cit.*p.171.

Les destinataires internes sont de deux ordres, à savoir les services et les agents. En tant que plus haute autorité hiérarchique de l'administration, le Président de la juridiction constitutionnelle exerce son pouvoir réglementaire au sein de celle-ci¹. Cet état de fait met en exergue le lien de corrélation entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir hiérarchique. Le pouvoir hiérarchique traduit le contrôle exercé par un supérieur hiérarchique sur ses subordonnés. Il se fonde sur la nécessité de service, et se manifeste par des actes réglementaires. C'est d'ailleurs dans ce sens que dans l'arrêt JAMART, le Conseil d'Etat français reconnaissait un pouvoir réglementaire aux ministres, même si ce dernier n'était pas expressément prévu par les textes². Il leur permet de prendre les mesures nécessaires à l'organisation de leurs services, même si la Constitution n'attribue formellement un pouvoir réglementaire qu'au Président de la République et au Premier ministre³. Considérant le lien hiérarchique qui lie l'administration de la juridiction constitutionnelle à son Président, on comprend aisément que ce dernier puisse disposer d'un tel pouvoir.

Il découle en effet de la nécessité d'assurer l'organisation et le bon fonctionnement des services de la juridiction constitutionnelle. Il se matérialise par l'édition d'ordonnances⁴, de règlements ou encore de circulaires visant à

¹ On peut lire en Côte d'Ivoire que : « *le Président est le chef de l'administration du Conseil constitutionnel* ». Article 34 du Décret n°2005-291 du 25 août 2005 déterminant le Règlement, la composition et le fonctionnement des services, de l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, ainsi que les conditions d'établissement de la liste des rapporteurs adjoints.

² *Op. Cit.*

³ Le Conseil d'Etat jugea en effet que : « *même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité* ». *Ibd.*

⁴ Au Bénin par exemple « *le Directeur de cabinet est nommé par ordonnance du Président de la Cour constitutionnelle* ». Art. 13 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin adopté le 16 sept.2005. L'article 14 de ce même texte va dans le même sens en indiquant que « le Secrétaire particulier est nommé par ordonnance du Président de la Cour constitutionnelle ». Les articles 15, 16 et 17 quant à eux précisent que le chef de protocole, les chargés de mission, l'attaché de presse sont nommés par ordonnance du Président de la Cour constitutionnelle.

fixer les règles applicables au sein de l'administration de la juridiction. La présence d'une administration spécifique à la juridiction constitutionnelle résulte du fait que les textes leur ont prévu une activité interne autonome. C'est d'ailleurs ce qui les distingue des juridictions ordinaires, qui fonctionnent sur la base des moyens alloués par le pouvoir exécutif à travers le ministère de la justice¹.

L'ensemble des services de la juridiction constitutionnelle constitue le Secrétariat général. Les modalités d'organisation et de fonctionnement du Secrétariat Général sont généralement fixées par décret présidentiel. Le Secrétariat Général est chargé de l'administration et de la coordination de toutes les directions et services administratifs, et de la gestion des ressources humaines, matérielles et financières. Au Cameroun, « *le secrétariat Général du Conseil Constitutionnel est constitué par l'ensemble des services administratifs et techniques concourant au fonctionnement du Conseil Constitutionnel* »². Bien plus, « *le Secrétariat Général est dirigé par un Secrétaire Général nommé par décret du Président de la République* »³. Au Bénin, le Secrétariat Général est l'organe central de l'organisation administrative de la Cour, dirigé par un Secrétaire Général et nommé par décret pris en conseil des ministres, sur proposition du Président de la juridiction constitutionnelle⁴. A la tête du Secrétariat Général, se trouve un Secrétaire Général qui est le collaborateur direct du Président. Il occupe la seconde place en matière de gestion administrative de la haute institution, car « *il exerce ses fonctions sous l'autorité du Président du Conseil Constitutionnel* »⁵. A ce titre, les textes lui octroient plusieurs prérogatives. Le Secrétaire Général exerce une autorité sur tous les services de la juridiction. Il les pilote et prend toutes les mesures qu'il trouve

¹ M. KAMTO, « Les mutations de la justice camerounaise à la lumière des développements Constitutionnels du 18 janvier 1996 », *RASJ*, n°1, Vol.1, 2000, p. 15.

² Article 2 du décret n° 2018/104 du 07 février 2018 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général du Conseil Constitutionnel.

³ *Ibid.* Art. 3 alinéa 1.

⁴ Articles 1 et 2 du Décret n°2014-118 du 17 février 2014 portant attributions, organisation et fonctionnement du Secrétariat Général de la Cour constitutionnelle du Bénin.

⁵ *Ibid.* Art. 3 alinéa 2.

nécessaires au bon fonctionnement de cette dernière, sous réserve de la validation de ces mesures par le Président. Il dispose ainsi d'un pouvoir hiérarchique sur tous les services administratifs et techniques dont il a la responsabilité car il « *est responsable du fonctionnement correct et régulier du Secrétariat général* »¹.

Au niveau inférieur, on retrouve donc les services administratifs et techniques. Les services administratifs sont ceux qui fonctionnent en permanence et qui assurent la gestion administrative et financière des juridictions constitutionnelles. Ils sont chargés d'animer la vie de la haute instance, en lui assurant un fonctionnement permanent. Au Bénin ils sont constitués respectivement de la direction des ressources humaines et du service financier et de la comptabilité². En Côte-d'Ivoire, il est prévu l'existence d'un service du Courrier et des standards téléphoniques et d'un service du personnel, du patrimoine et de la maintenance³. Au Cameroun, « *la Division des affaires administratives et financières est chargée de la gestion des ressources humaines, financières et matérielles* »⁴. Les services administratifs assurent donc le fonctionnement des juridictions constitutionnelles, et se distinguent des services techniques. Les services techniques sont en effet ceux qui accompagnent la juridiction dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. On peut identifier dans ce sens une division ou une direction chargée des affaires juridiques au sein de la plupart des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone. C'est dans ce sens qu'au Bénin, « *la direction des études juridiques et de la gestion des recours a pour mission, sous la supervision du Secrétariat général, d'assurer la gestion de toute la chaîne des recours adressés à la Cour et*

¹ Article 5 du Décret n°2014-118 du 17 février 2014 portant attributions, organisation et fonctionnement du Secrétariat Général de la Cour constitutionnelle du Bénin.

² *Ibid.* Article 19.

³ Article 51 du Décret n°2005-291 du 25 août 2005 déterminant le Règlement, la composition et le fonctionnement des services, de l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, ainsi que les conditions d'établissement de la liste des rapporteurs adjoints.

⁴ Article 8 alinéa 1 du Décret n°2018/104 du 07 février 2018 portant organisation et fonctionnement du Secrétaire général du Conseil constitutionnel.qwwww<

des audiences juridictionnelles »¹. De par ses attributions, le Greffe² peut aussi être inséré au sein des services techniques de la juridiction constitutionnelle étant donné qu'il l'accompagne dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Si l'on va plus en profondeur, on peut affirmer que ce sont les agents des services administratifs et techniques qui représentent la cible interne des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle. On distingue deux types de personnels. D'une part, le personnel de l'Etat constitué par le personnel fonctionnaire ou non, qui est affecté au sein des juridictions constitutionnelles à travers le mécanisme du détachement. D'autre part, le personnel propre qui est recruté de façon autonome par le Président de la juridiction constitutionnelle. La présence du personnel de l'Etat au sein de la juridiction constitutionnelle soulève deux interrogations.

Primo, sachant que le personnel de l'Etat est régi par les statuts de la fonction publique³, on pourrait s'interroger sur le fait de savoir s'il demeure soumis au pouvoir hiérarchique de l'Etat une fois détaché au sein de la juridiction constitutionnelle. Cette question revêt un intérêt dans la mesure où à la lueur des textes en vigueur en Afrique noire francophone, les personnels régis par les statuts de la fonction publique sont soumis au pouvoir hiérarchique de l'Etat. On peut aisément y répondre par la négative, car les textes font du Président de la juridiction constitutionnelle l'autorité administrative suprême de cette dernière⁴. Dès l'instant où le personnel de l'Etat est détaché, il est tenu de se soumettre aux règles fixées par le Président de la juridiction constitutionnelle⁵.

¹ Article 24 du Décret n°2014-118 du 17 février 2014 portant attributions, organisation et fonctionnement du Secrétariat Général de la Cour constitutionnelle du Bénin.

² Section III du Décret n°2018/104 du 07 février 2018 portant organisation et fonctionnement du Secrétaire général du Conseil constitutionnel au Cameroun

³ J. OWONA, *Droit de la fonction publique camerounaise*, Paris, l'Harmattan, 2011, PP.256.

⁴ F.-J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, 2014, p.25.

⁵ En Côte d'Ivoire l'article 34 du décret n°2005-291 du 25 août 2005 le rappelle d'ailleurs fort à propos en affirmant qu'il « *exerce un pouvoir hiérarchique sur les membres du Conseil, sur le Secrétariat Général et sur le personnel des services du Conseil constitutionnel* ».

Secundo, l'autre interrogation qui semble pertinente est celle de savoir si le détachement du personnel de l'Etat s'impose au Président de la juridiction constitutionnelle. En d'autres termes, le Président est-il contraint à la validation des actes d'affectation du personnel dans ses services ? L'on sait par ailleurs que c'est par décret du Président de la République que sont fixées les modalités d'organisation et de fonctionnement du Secrétariat général de la juridiction constitutionnelle¹. A cette interrogation il convient de répondre que les textes attribuent certes à l'exécutif des compétences en matière d'affectation du personnel au sein des juridictions constitutionnelles. Toutefois, il n'en demeure pas moins que les mêmes textes soumettent le Secrétariat général et tout son personnel à l'autorité du Président de la juridiction constitutionnelle². Bien plus, ce dernier dispose de la liberté de collaborer avec ce personnel, car il procède « [...] aux révocations à tous les emplois, à l'avancement, à la notation et à la sanction »³.

L'étendue des actes administratifs du Président de la juridiction constitutionnelle n'est pas restreinte aux destinataires internes. Elle s'étale également à des destinataires externes à la juridiction.

2- Les destinataires externes

Contrairement aux destinataires internes, ce sont ceux qui ne sont aucunement des personnels des services de la juridiction constitutionnelle. L'existence de destinataires externes établit la portée du pouvoir réglementaire du Président, qui n'est pas circonscrit aux services administratifs et techniques. La spécificité des attributions de la juridiction constitutionnelle permet de justifier l'étendue

¹ Au Cameroun par exemple, c'est le décret n° 2018/104 du 07 février 2018 qui fixe les modalités d'organisation et de fonctionnement du Secrétariat général du Conseil constitutionnel.

² Art 3 al 2 du décret portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel au Cameroun.

³ Art 34 du décret portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel en Côte d'Ivoire.

du pouvoir normatif de son Président¹. Les actes administratifs unilatéraux qu'il édicte peuvent avoir comme destinataires externes les pouvoirs publics d'une part, et les usagers d'autre part.

Relativement aux pouvoirs publics, les actes qui leur sont adressés sont les avis. C'est dans cet ordre d'idées qu'**Abdoulaye SOMA** affirmait que : « *dans l'exercice de sa fonction consultative, le juge constitutionnel est un conseiller technique à la fois du pouvoir législatif et surtout du pouvoir exécutif* »². Comme sus évoqué, si les textes attribuent des compétences consultatives à l'ensemble des membres de la juridiction constitutionnelle, le Président dispose d'attributions distinctives en la matière³. Dans plusieurs Etats d'Afrique noire francophone, les textes subordonnent l'accomplissement de certains actes du Président de la République à l'avis préalable du Président de la juridiction constitutionnelle. C'est notamment le cas au Cameroun en matière de prorogation ou d'abrègement du mandat de l'Assemblée nationale et en matière de consultation référendaire⁴. C'est également le cas en période de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels de l'Etat. Au Niger⁵, au Benin⁶ ou au Gabon⁷, des dispositions y relatives sont visibles, inspirées de la loi constitutionnelle française de 1958.

Ces considérations permettent de soulever une interrogation relative aux avis n°CC-001/94 et CC-002/94 de la Cour constitutionnelle du Benin. Dans le

¹ La juridiction constitutionnelle a en effet entre autres, une mission de régulation du pouvoir et de service public juridictionnel, ce qui explique le fait que les pouvoirs publics et les usagers puissent être des destinataires des actes réglementaires du Président de la Haute instance.

² A. SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÉLÉ, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 501.

³ Le pouvoir exécutif et le parlement représentent en effet les organes consultants des juridictions constitutionnelles, tandis que le Président de la République est l'organe consultant par excellence et spécifiquement du Président de la juridiction constitutionnelle dans des matières prévues par la loi. Lire utilement J. M. BIKORO, *La fonction consultative des juridictions constitutionnelles*. *Op. cit.*

⁴ Articles 15 alinéas 4 et 36 alinéa 1 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée.

⁵ Art. 67 de la Constitution du Niger du 25 novembre 2010.

⁶ Art. 119 de la Constitution de la Constitution du 11 décembre 1990.

⁷ Art. 26 de la loi constitutionnelle gabonaise.

premier cas d'espèce, le Président de la République a saisi la Cour constitutionnelle afin « *de lui communiquer sans délai son avis motivé sur la mise en œuvre des dispositions de l'article 68 de la Constitution* », pensant à tort que les conditions étaient réunies. La Cour constitutionnelle après analyse des conditions prévues à l'article 68 de la Constitution, conclut qu'il « *n'y a ni menace pour l'exécution des engagements internationaux, ni pour le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels* ». ¹ Dans la seconde espèce, le Président a saisi la Cour afin qu'elle lui communique son avis sur les mesures exceptionnelles qu'il se proposait de prendre en application de l'article 68 de la Constitution, se heurtant à un avis défavorable ².

La question soulevée est relative à la saisine de l'ensemble de la Cour, alors même que la loi constitutionnelle béninoise soumet les matières relevant du cas d'espèce à l'avis exclusif du Président de la juridiction constitutionnelle ³. On peut en effet lire dans ces avis : « *saisie par la lettre [...] par laquelle le Président de la République demande à la Cour constitutionnelle de lui communiquer sans délai son avis [...]* ». Ne serait-ce pas plutôt le Président de la Cour constitutionnelle qui aurait dû exclusivement être saisi ? A la lecture de ces avis il est clairement visible qu'ils ont été émis par l'ensemble de la Cour, dont les membres ont siégé pour ce faire. On peut en effet lire « *la Cour Constitutionnelle [...] est d'avis [...]* ». Ou même encore « *ont siégé à Cotonou* », suivi de la liste des membres de la Cour constitutionnelle. On peut toutefois répondre à cette interrogation en affirmant que l'option pour la collégialité, bien qu'il s'agisse d'une attribution exclusive du Président de la Cour constitutionnelle n'a aucune incidence négative dès lors que la pertinence de l'avis émis est irréfragable.

¹ Avis n°CC-001/94 du 14 septembre 1994.

² Avis n°CC-002/94 du 14 septembre 1994.

³ La loi constitutionnelle de 1990 dispose que : « *Le Président de la Cour constitutionnelle est compétent pour : (...) donner son avis au Président de la République dans les cas prévus aux articles 58 et 68* ». Art. 119. *Op. cit.*

Par ailleurs, la subordination du Président de la République à cette obligation de consultation participe à la légitimation de ses actes. Le Président de la juridiction constitutionnelle de par son expertise, est assimilé à un consultant juridique car cette compétence lui permet de « *faire office d'expert et de conseiller juridique [...] dans une pluralité de domaines* »¹. C'est donc affirmer que même s'il n'est pas contraint à la prise en compte des avis obligatoires, la mise en œuvre d'une mesure ayant reçu un avis défavorable du Président de la juridiction constitutionnelle contribuerait implicitement à délégitimer l'acte du Président de la République.

Concernant les usagers comme destinataires externes, les actes administratifs unilatéraux émis à leur endroit par le Président de juridiction constitutionnelle peuvent être de plusieurs ordres. Il peut s'agir de règlements autonomes permettant l'émission de normes non prévues par le législateur, ou de règlements visant l'application des lois en vigueur. L'Arrêté n°6/2019 portant création du prix de thèse du Conseil constitutionnel sénégalais² permet d'illustrer un acte réglementaire autonome du Président de la juridiction adressé aux usagers. En l'espèce, les titulaires sénégalais de Doctorat dont les thèses portaient sur la juridiction constitutionnelle du pays constituent les destinataires de cet arrêté. Le Président a par le biais de ce dernier, édicté de façon autonome des règles relatives à la gratification de personnes externes à la Cour constitutionnelle. L'autonomie de ce règlement découle de son caractère innovant, étant donné qu'aucune loi relative au Conseil constitutionnel du Sénégal ne prévoyait une telle initiative.

D'autre part, certaines règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions constitutionnelles peuvent être assimilées à des règlements d'application adressés aux usagers. Les règles relatives aux horaires d'ouverture et de fermeture des locaux de la juridiction constitutionnelle peuvent servir

¹ C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *Op. cit.* p.191.

² *Op. cit.*

d'illustration. L'accès aux locaux est en effet soumis à des horaires fixés par son Président, pour tout usager désireux d'y pénétrer. Concernant les requêtes par exemple, si le législateur en fixe les délais de recevabilité, le Président de la juridiction constitutionnelle fixe les horaires de fonctionnement de la haute instance qui conditionnent le moment de leur recevabilité. C'est dire que le greffe ne peut recevoir des requêtes que pendant les horaires préalablement fixés par le Président de la juridiction constitutionnelle. Le règlement relatif aux horaires d'accès à la juridiction est complémentaire aux délais de saisine fixés par la loi, dont ils encadrent l'application.

Il est par ailleurs évident qu'en période de crise comme celle relative à la pandémie de la COVID-19, le Président peut soumettre l'accès aux locaux de la juridiction constitutionnelle à certaines mesures, en application des lois et décrets y relatifs. Il peut s'agir de l'obligation de respect des mesures barrière pour freiner la prolifération du virus et préserver la santé de son personnel. Ces mesures auraient alors pour destinataire tout usager qui voudrait accéder aux locaux de la juridiction.

Au regard de ce qui précède, il est clairement établi que la diversification tant des actes que des destinataires, traduit la portée assez conséquente du pouvoir normatif du Président de la juridiction constitutionnelle. Toutefois et paradoxalement, il s'agit d'un pouvoir faiblement contrôlé.

II- Un pouvoir faiblement contrôlé

Dans un Etat de droit, toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹. Pourtant, les actes administratifs du Président

¹ Conseil d'Etat, Dame Lamotte, *Op. Cit.*

de la juridiction constitutionnelle semblent se soustraire à ce régime juridique, étant donné l'absence d'un contrôle tant interne (A), qu'externe (B).

A- L'absence de contrôle interne des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle

Le contrôle interne des actes administratifs unilatéraux du Président de la juridiction constitutionnelle, suppose que ces derniers soient subordonnés à l'appréciation d'un organe interne à la juridiction. L'inexistence d'un tel procédé mérite d'être justifiée (2), après qu'aient été mis en relief les éléments qui illustrent l'absence d'un contrôle interne de ces actes (1).

1- L'illustration de l'absence d'un contrôle interne

Illustrer l'absence d'un contrôle interne des actes administratifs du Président de la juridiction constitutionnelle revient à démontrer que ces derniers ne sont guère soumis à un quelconque mécanisme de vérification au sein de celle-ci. Cela peut aisément s'opérer sur la base des dispositions textuelles, qui ne prévoient expressément aucun contrôleur pour le Président de la haute instance sur le plan interne. Il convient préalablement d'évoquer certains aspects relatifs à la notion de contrôle interne.

Ce concept trouve son fondement jurisprudentiel dans l'arrêt **JAMART**¹. En l'espèce, **Monsieur JAMART** a saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir, après que le ministre des pensions, mécontent de son attitude ait pris une mesure lui interdisant l'accès au centre de réforme où il devait exercer ses fonctions². Au-delà de la consécration de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à tout chef de service, cet arrêt est étroitement lié à la notion de contrôle interne. En effet, « *le contrôle interne est inhérent à toute*

¹ *Op. Cit.*

² *Ibd.*

administration. Il est exercé par l'autorité supérieure sur ses subordonnés »¹. Le recours hiérarchique consacré en droit administratif² donne toute sa valeur au contrôle interne, qui fait référence à une vérification de légalité par une autorité supérieure, des actes émis par ses subordonnés. On peut ainsi clairement établir le lien de corrélation entre le contrôle interne et le principe de légalité auxquels sont soumis les actes administratifs. Mais également, entre le contrôle interne et le principe hiérarchique qui gouverne toute administration.

La lecture des textes permet de mettre en évidence les différents paliers de contrôle interne au sein de l'administration de la juridiction constitutionnelle. Cette structuration laisse entrevoir les divers niveaux de subordination, et donc de contrôle auxquels peuvent être soumis les actes internes. Au niveau inférieur, les différentes directions ou divisions selon les cas, qui composent les services administratifs et techniques sont placées sous l'autorité de directeurs ou de chefs de division auxquels sont subordonnés des services. A titre d'illustration, au Benin la direction administrative et financière est placée sous l'autorité d'un directeur administratif et financier et comprend un service de ressources humaines et un service financier et comptable soumis chacun à un chef de service³. Au Cameroun, c'est la dénomination de Division des Affaires Administratives et Financières qui est en vigueur. Cette dernière est placée sous l'autorité d'un chef de division, et comprend un service des Affaires générales et un service du budget⁴. Il appert donc que les actes des personnels des services sont soumis au contrôle des chefs de service, et ceux de ces derniers aux directeurs ou chefs de division. Les actes des directeurs ou chefs de division

¹ C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *op. cit.*, p. 205.

² Sur les recours administratifs en droit public, lire BRISSON (J.-F.), *Les recours administratifs en droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, L.G.D.J., 1996, 494 p.

³ Titre II chapitre I du décret portant organisation du Secrétariat Général de la Cour constitutionnelle du Benin.

⁴ Art. 8 al. 1 et 2 du décret portant organisation du Secrétariat Général du Conseil constitutionnel.

quant à eux sont subordonnés au Secrétaire Général de la juridiction constitutionnelle.

On peut en effet lire dans la plupart des décrets portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général de la juridiction constitutionnelle, qu'il est formé par l'ensemble des services administratifs et techniques, placés sous l'autorité d'un Secrétaire général¹. En tant qu'autorité hiérarchique de ces services, le Secrétaire Général en assure le contrôle. Il est à son tour placé sous l'autorité du Président de la juridiction constitutionnelle, qui détient par ce fait un pouvoir de contrôle sur les actes qu'il émet². Le Président est au sommet de la chaîne de contrôle ainsi établie.

Par ailleurs, on peut lire dans la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Togo que : « *La Cour constitutionnelle est présidée par le Président [...]* »³. Au Congo, la loi dispose que : « *Le Président de la Cour constitutionnelle préside les séances solennelles et les audiences publiques de la Cour.* »⁴. Plusieurs dispositions similaires sont visibles à la lueur des textes relatifs aux juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone. Elles permettent d'affirmer que même au sein des membres de la juridiction constitutionnelle, les textes ne prévoient pas la soumission des actes du Président à un contrôle particulier. Bien au contraire, ce sont les autres juges constitutionnels qui lui sont subordonnés.

Toutefois, cette subordination des membres de la juridiction constitutionnelle au Président est totalement exclue dans l'exercice proprement dit de la fonction juridictionnelle. Ils émettent leurs avis et décisions en toute liberté, bien que

¹ Articles 1 et 2 du Décret n°2014-118 du 17 février 2014 portant attributions, organisation et fonctionnement du Secrétariat Général de la Cour constitutionnelle du Bénin, articles 3 et 4 du décret portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général du Conseil constitutionnel du Cameroun.

² Art. 3 al. 2 du décret portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général du Conseil constitutionnel au Cameroun, art. 2 du décret au Bénin

³ Art. 4.

⁴ Art. 18 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

l'ascendance du Président dans ce cas se traduise par la prépondérance de sa voix en cas de partage des voix¹. Les actes des membres de la juridiction constitutionnelle sont soumis au contrôle du Président sous un angle organisationnel et disciplinaire. Les autres juges constitutionnels sont en effet tenus de se conformer aux règles fixées par le Président, dans le cadre de l'exercice de ses compétences en matière d'organisation et de gestion des séances solennelles ou des audiences publiques. A titre d'illustration, les prises de parole des membres des juridictions constitutionnelles lors d'un procès sont soumises au contrôle du Président, étant donné que c'est lui qui préside les débats et qui est garant de la discipline². C'est également lui qui décide des horaires de début et de fin des séances, auxquelles les autres membres de la juridiction constitutionnelle ne peuvent que se conformer. Par ailleurs, c'est sur convocation du Président de la juridiction constitutionnelle que les autres membres se réunissent.

Aucune disposition textuelle ne laisse donc émerger la possibilité d'un contrôle interne des actes émis par le Président de la juridiction constitutionnelle, que ce soit en matière administrative ou financière³. A titre comparatif, dans les textes régissant les Assemblées parlementaires, il est prévu des questeurs à qui sont attribués des compétences en matière financière, qui induisent un contrôle des actes du Président de l'Assemblée. Elles sont précisément relatives à l'audit et au contrôle de gestion des ressources allouées aux dites assemblées⁴. Au Benin par exemple, « aucune dépense nouvelle ne peut être engagée ni ordonnée

¹ Au Congo lorsque les avis sont rendus, en cas de partage égal des voix celle du Président est prépondérante (Article 25 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle). C'est également le cas au Niger (Article 18 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle).

² Article 20 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Togo.

³ Aucune disposition textuelle ne soumet les actes de nomination, d'avancement, de sanction du personnel, et tous les actes réglementaires émis par le Président relativement à l'organisation et au fonctionnement de la juridiction constitutionnelle à aucun mécanisme de contrôle interne.

⁴ Art. 25 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de RDC, Art. 14 al. 2 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Benin, Art. 16 al. 1 et 19 al 4 de la loi n°2014/016 du 09 septembre 2014 portant Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du Cameroun.

sans leur avis préalable »¹. Une disposition similaire est visible au Niger où dans le Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale il est mentionné qu' « aucune dépense ne peut être engagée sans le visa d'au moins un questeur »². De telles dispositions permettent de mettre en lumière des mécanismes de contrôle interne de l'activité budgétaire de L'Assemblée parlementaire, et partant, de son Président, nonobstant le pouvoir hiérarchique que ce dernier exerce en son sein. Aucune disposition similaire n'est perceptible dans les textes régissant les juridictions constitutionnelles. Au Benin par exemple, le service financier et comptable est tout simplement « chargé de la gestion financière et comptable de la Cour »³. Au Cameroun, le service du budget est chargé entre autres de « l'élaboration de l'avant-projet de budget du Conseil »⁴ et de « l'exécution du budget du Conseil constitutionnel »⁵. De l'analyse de ces dispositions, il ressort que les attributions de ces services ne visent en aucun cas un quelconque audit ou contrôle budgétaire. De telles attributions ne sont d'ailleurs assignées à aucun autre service interne à la juridiction constitutionnelle. Les actes administratifs du Président de la juridiction constitutionnelle échappent ainsi à tout mécanisme de contrôle interne.

On peut affirmer sans risque d'extrapolation que seul le Président de la haute instance peut initier la mise en œuvre de telles mesures à l'endroit des différents services, car c'est lui qui décide. Tout se passe comme si la gestion administrative et financière interne des juridictions constitutionnelles était laissée au pouvoir discrétionnaire de son Président. Bien plus, la probabilité de l'existence d'un mécanisme de contrôle interne de ses actes administratifs unilatéraux relève d'une utopie qui mérite d'être justifiée.

¹ Art. 17 al. 4 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Benin.

² Art. 21 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Niger.

³ Art. 22 du décret portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général de la Cour constitutionnelle.

⁴ Art. 10 al. 1 du décret portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général du Conseil constitutionnel.

⁵ *Ibd.*

2- La justification de l'absence de contrôle interne

Trois éléments participent à la justification de l'inexistence d'un contrôle interne des actes réglementaires émis par le Président de la juridiction constitutionnelle. Le premier est relatif à la suprématie de ce dernier au sein de la juridiction. Le second est lié au fait que c'est le Président, qui en tant qu'autorité hiérarchique suprême, est le contrôleur par excellence. Le troisième élément quant à lui, est attaché au renforcement de l'autorité du Président.

Relativement au premier élément justificatif, « *Le Président est le chef de l'administration du Conseil constitutionnel* »¹. Loin d'être générique en Afrique noire francophone, cette formule adoptée par le législateur ivoirien démontre clairement la place prépondérante du Président de la juridiction constitutionnelle au sein de celle-ci. Il est en effet, un membre qui n'est assimilable à aucun autre au sein de la juridiction constitutionnelle. Sa particularité découle du pouvoir hiérarchique qu'il y exerce, et qui n'est qu'un corollaire des attributions qui lui sont dévolues. Ces dernières font de lui l'autorité administrative suprême de la juridiction constitutionnelle². Il n'est donc soumis à aucune autorité hiérarchique, ce qui permet de justifier l'absence d'un contrôle interne de ses actes réglementaires. Cet état de fait résulte de l'autonomisation de la juridiction constitutionnelle.

A titre de rappel, avant l'avènement du nouveau constitutionnalisme, on retrouvait plutôt au sein des Cours Suprêmes d'antan une chambre

¹ Article 34 du Décret n°2005-291 du 25 août 2005 déterminant le Règlement, la composition et le fonctionnement des services, de l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, ainsi que les conditions d'établissement de la liste des rapporteurs adjoints en Côte d'Ivoire. Une disposition similaire est visible à l'article 17 de l'ordonnance n°2001-003 portant loi organique relative à la Haute instance constitutionnelle de Madagascar.

² F.-J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, 2014, p.25.

constitutionnelle chargée de contrôler la Constitutionnalité des lois¹. Cette chambre constitutionnelle dépendait de la Cour Suprême et qui elle-même, était placée sous l'autorité du ministre de la justice². Or, « *le passage d'un constitutionnalisme de figuration, [...] vers un constitutionnalisme de confirmation ne pouvait prospérer qu'à la faveur des interventions du juge Constitutionnel* »³. La spécialisation et/ou la centralisation des juridictions constitutionnelles, qui en Afrique noire francophone existent désormais en dehors de la Cour Suprême, voire même pour la plupart en dehors du pouvoir judiciaire, participe à leur autonomisation. Il s'ensuit donc l'attribution de la compétence privilégiée en matière d'administration interne des hautes institutions au Président de ces dernières, qui en est l'autorité suprême. Sa prépondérance est perceptible au sein de celle-ci tant en matière administrative et financière que dans son office, ce qui nous amène à la seconde justification.

En tant que chef de l'administration de la juridiction constitutionnelle, le Président en est le contrôleur par excellence. Ce contrôle s'étend autant en dehors de l'office de la haute instance que dans son office. Dans cette logique, l'article 38 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo dispose que : « *Le Président est chargé de l'administration de la Cour* »⁴. Le législateur du Niger abonde dans le même sens en attribuant la compétence au Président de la juridiction constitutionnelle en matière d'administration de la Cour

¹ Y. NGENGE, « La justice constitutionnelle en Afrique de l'ouest : origine historique et traditionnelle », *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'ouest : analyse comparée*, IDEA, Strömsborg, 2016, p.33.

² F. MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in Gérard CONAC (Dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique, Tome 2*, Paris, Economica, 1989, P. 15.

³ M. NGUELE ABADA, « L'indépendance des juridictions constitutionnelles dans le Constitutionnalisme des Etats Francophones d'Afrique Noire post-guerre froide : l'exemple du Conseil constitutionnel camerounais », *Palabres actuelle n°4 : « la justice »*, *Revue de la Fondation Raponda-Walker*, 2010.

⁴ Article 38 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du 15 octobre 2013.

Constitutionnelle¹. En Côte-d'Ivoire, il « assure la discipline du Conseil »² et « exerce un pouvoir hiérarchique sur les membres du Conseil, sur le Secrétariat Général et sur le personnel des services du Conseil constitutionnel »³. Dans le même ordre d'idées, le texte précise que le Président procède : « aux nominations et aux révocations à tous les emplois, à l'avancement, à la notation et à la sanction »⁴. Par ailleurs, l'analyse des différents textes en Afrique noire francophone permet d'affirmer que le « Président de la juridiction est la clé de voûte en matière financière⁵ ». Il est en effet l'ordonnateur des dépenses au sein de la juridiction et c'est lui qui est chargé de déterminer par arrêté le règlement financier et d'assurer la gestion des crédits de fonctionnement⁶. Bien plus, au Cameroun il est précisé que le Secrétariat Général exerce ses fonctions sous l'autorité du Président du Conseil constitutionnel⁷.

Par ailleurs, dans l'office de la juridiction constitutionnelle, le rôle clé que joue le Président de la haute instance n'est plus à démontrer. Tel que précédemment évoqué, c'est lui qui préside les séances. Il est le coordonnateur des séances dont il veille au bon déroulement⁸. Dans le même ordre d'idées, il préside les débats, et c'est d'ailleurs à lui qu'incombe la responsabilité de convoquer les membres de la juridiction constitutionnelle lorsque cette dernière est saisie⁹. Il est garant de la discipline et de la procédure pour le bon déroulement des séances, c'est lui en

¹ Article 20 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle.

² Article 34 du Décret n°2005-291 du 25 août 2005 déterminant le Règlement, la composition et le fonctionnement des services, de l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, ainsi que les conditions d'établissement de la liste des rapporteurs adjoints.

³ *Ibd.*

⁴ *Ibd.*

⁵ C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *op. cit.*, p.179.

⁶ *Ibd.*

⁷ Article 3 alinéa 2 du Décret de 2018 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Général du Conseil constitutionnel.

⁸ Lire dans ce sens l'article 18 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Congo.

⁹ Article 20 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Togo. *Op. cit.*

effet qui désigne les rapporteurs en toute liberté¹. Bien plus, si les décisions de la Cour soient rendues à la majorité des membres, sa voix est prépondérante en cas de partage de voix². Il assure ainsi un contrôle général autant sur le déroulement du procès que sur les autres membres de la juridiction constitutionnelle.

Relativement à la troisième justification, l'absence de mécanismes internes de contrôle des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle peut se justifier par une volonté de renforcement de l'autorité de ce dernier. Soumettre les actes du Président à un contrôle interne, reviendrait dans une certaine mesure à subordonner ce dernier à l'organe auquel cette compétence serait attribuée. Dans un raisonnement *a contrario*, on pourrait affirmer que l'inexistence d'un contrôle interne des actes du Président de la juridiction constitutionnelle permet d'asseoir son autorité au sein de celle-ci. L'affermissement de sa suprématie est d'autant plus indispensable au regard du rôle clé qu'il joue tant en son sein qu'en dehors de celle-ci. En effet, outre son rôle prépondérant au sein de la juridiction constitutionnelle, les attributions du Président peuvent s'étendre au-delà de cette dernière. C'est ainsi que certaines lois fondamentales en Afrique noire francophone lui attribuent des fonctions politiques. Ces dernières peuvent consister en l'assumption de fonctions d'autorités politiques. C'est dans ce sens que la loi constitutionnelle du Bénin dispose en son article 50 qu' « *en cas de mise en accusation du Président de la République devant la Haute Cour de justice, son intérim est assuré par le Président de la Cour Constitutionnelle qui exerce toutes les fonctions de Président de la République à l'exception de celles mentionnées aux articles 54 alinéa 3, 58, 60, 104, 154* »³.

¹ Article 21 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Congo. On peut aussi citer l'article 22 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Togo.

² Article 25 de la loi constitutionnelle du Congo et article 18 de la loi constitutionnelle du Niger.

³ Article 50 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

La particularité des prérogatives dévolues au Président de la juridiction constitutionnelle, et son positionnement privilégié au sein de celle-ci pourraient ainsi permettre de justifier l'exclusion d'un contrôle interne de ses actes réglementaires. Toutefois, cette absence de contrôle est également perceptible sur le plan externe.

B- L'inexistence d'un contrôle externe des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle

Le contrôle externe implique la soumission des actes administratifs du Président de la juridiction constitutionnelle à l'appréciation des pouvoirs publics constitutionnels. Cette possibilité est loin d'être admise car la subordination de ces actes à un contrôle juridictionnel est improbable, (1) et inexistante lorsqu'il s'agit d'un contrôle politique (2).

1- L'improbabilité d'un contrôle juridictionnel

Le constat de l'irréalité d'un contrôle juridictionnel des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle est mené sur la base de deux faits. Premièrement, en parcourant la législation régissant les juridictions de droit commun, aucune disposition ne prévoit expressément de telles mesures vis-à-vis des actes administratifs du Président de la juridiction constitutionnelle. Deuxièmement, même si la possibilité d'un tel contrôle pouvait être envisagée, sa concrétisation relèverait du mythe, considérant la spécificité des missions du Président de la haute institution.

Le contrôle juridictionnel des actes administratifs trouve sa base jurisprudentielle dans l'arrêt Dame LAMOTTE, au travers duquel le Conseil d'Etat français a fait émerger le principe selon lequel toute décision administrative peut

faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹. La justiciabilité systématique des actes administratifs est indissociable de l'Etat de droit, car elle implique la soumission de l'administration au principe de légalité². Elle a pour but l'encadrement du pouvoir réglementaire de l'administration publique, et la protection des administrés contre l'arbitraire. La plupart des textes en Afrique noire francophone prévoient donc un contrôle juridictionnel des actes de l'administration publique. Dans les Etats ayant choisi l'option d'une dualité juridictionnelle, le contentieux administratif relève à titre principal de la sphère de compétences du juge administratif³. Le juge judiciaire quant à lui, n'ayant qu'une compétence d'exception en la matière. C'est dans ce sens qu'au Gabon, le Conseil d'Etat est compétent en matière de « *recours pour excès de pouvoirs formés contre les actes individuels des autorités administratives à compétence nationale* »⁴. Le même texte évoque les recours dirigés contre les organismes collégiaux à compétence nationale et les ordres professionnels, et les actions en responsabilité contre l'Etat ou ses établissements publics⁵. Au Cameroun, la loi dispose que « *Les Tribunaux Administratifs connaissent [...] 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* »⁶. Des dispositions similaires sont visibles dans plusieurs législations d'Afrique noire francophone. Au regard de celles-ci, aucune mention n'est faite du

¹ Conseil d'Etat, 17 février 1950, *op. cit.*

² Toutefois, les actes de gouvernement constituent une dérogation à ce principe, car ils sont considérés comme sous-tendus par un mobile politique. Sur les actes de gouvernement, voir Arrêt LAFITTE, Conseil d'Etat 1^{er} mai 1822. Le Professeur Louis FAVOREU affirmait d'ailleurs qu'il s'agit d'actes justiciables par nature et injusticiables par accident. Dans le même ordre d'idées, l'article 4 de la loi camerounaise de 2006 sur les tribunaux administratifs dispose qu'« *aucune juridiction ne peut connaître des actes de gouvernement* ».

³ Sur le contentieux administratif lire P. E. ABANE ENGOLO, *Traité de contentieux administratif du Cameroun*, L'Harmattan, 2019, 396 p.

⁴ Art. 38 de la loi organique n°5/2002 du 27 novembre 2002 fixant l'organisation, la composition, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'Etat.

⁵ *Ibid.*

⁶ Article 2 al 2 de la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs au Cameroun.

Président de la juridiction constitutionnelle parmi les organes dont les actes administratifs sont assujettis à un contrôle juridictionnel. En effet, si les actes des autorités administratives sont soumis aux règles du droit administratif, ceux du Président de la juridiction constitutionnelle en sont clairement soustraits, bien qu'il en soit la plus haute autorité administrative. Et même si l'éventualité d'un tel contrôle était émise, celle-ci serait aisément battue en brèche. Ces considérations résultent du fait qu'il est difficile, voire même impossible de dissocier ces actes du cadre de l'exercice de la mission singulière assignée au Président de la juridiction constitutionnelle.

La notion de dissociation de l'acte du cadre d'exercice des missions relève d'une théorie élaborée par le Conseil d'État français dans son Arrêt BROUANT¹. En l'espèce, M. BROUANT² initia un recours contre une décision du Conseil constitutionnel français du 27 juin 2001, requérant son annulation en soutenant qu'il s'agissait d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette décision réglementait l'accès aux archives du Conseil constitutionnel. Leur consultation était en effet proscrite, avant qu'un délai de 60 ans ne se soit écoulé, sauf autorisation ponctuelle du Président du Conseil constitutionnel, après délibération des membres³. Tout en déclinant sa compétence en la matière, le Conseil d'Etat affirma que le règlement attaqué « *n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution* ». Allant dans le même sens, Louis FAVOREU affirma qu'en déclarant son incompetence pour connaître d'un règlement du Conseil constitutionnel, « *le Conseil d'État a respecté l'indépendance du juge constitutionnel* »⁴. La doctrine a ainsi rangé cet acte du Conseil constitutionnel dans la catégorie des actes

¹ Conseil d'Etat, Ass., 25 octobre 2002.

² Alors Maître de conférence en droit public.

³ Le Conseil Constitutionnel français a autorisé l'accès à ses archives dès 2008.

⁴ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État respecte l'indépendance du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, p. 32-87.

échappant au contrôle du juge administratif¹. Cet état de fait marque « *la naissance d'un étrange pouvoir normatif [...] précisé par la notion d'objet indissociable des conditions d'exercice des missions confiées par la Constitution au Conseil constitutionnel* »².

Toutefois, et dans un raisonnement *a contrario*, de l'hypothèse de l'injusticiabilité des actes indissociables du cadre d'exercice des missions, émerge celle de la « *justiciabilité des règlements dissociables de l'objet* »³. En effet, si les actes réglementaires des juridictions constitutionnelles indissociables du cadre d'exercice de leur mission constitutionnelle sont injusticiables devant le juge administratif, ce dernier se reconnaît compétent pour connaître des actes dissociables de leur mission. Dans l'arrêt BROUANT, « *le refus d'examiner la légalité du règlement n'est pas fondé sur le fait que les règlements émanent du Conseil constitutionnel, mais sur l'indissociabilité de ce règlement avec les missions constitutionnelles* »⁴. Suivant cette logique, on peut affirmer que les actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle « *exceptions faites de ceux qui sont expressément couverts de l'immunité du fait de leur inattaquabilité et dissociables de la mission constitutionnelle pourraient être déferés au juge administratif pour contrôle de la légalité externe et interne* »⁵. Le postulat d'une soumission des actes réglementaires du Président de la juridiction

¹ Lire dans ce sens :

- J.-P. V. CAMBY, « L'autonomie des pouvoirs publics, limite de la compétence du juge administratif » (réflexions sur l'arrêt Brouant du Conseil d'Etat du 25 octobre 2002), *RDJ*, 2002, pp 1855-1870.

- C. GUETTIER, « De l'incompétence du Conseil d'Etat à l'égard du Conseil constitutionnel », *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Montchrestien 2008, pp 203-213.

- G. GOULARD, « Conclusions sur conseil d'Etat, assemblée, 25 octobre 2002, Brouant » *RFDA*, 2003, n°1, pp 1-8.

² P. GONOD, O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA*, 2003, p. 15.

³ C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *op. cit.*, p.203.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

constitutionnelle à un contrôle juridictionnel, est cependant subordonné à des critères dont la concrétisation relève plus d'une utopie que de la réalité.

Au regard de ce qui précède, on peut en effet affirmer qu'il serait clairement malaisé, voire quasiment irréalisable dans la pratique, de dissocier les actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle, du cadre d'exercice des missions qui lui ont été octroyées par la Constitution. Pour Louis FAVOREU, une telle éventualité n'est d'ailleurs pas admissible car elle permettrait de remettre en considération « *l'autonomie normative du Conseil constitutionnel et donc son indépendance* »¹. On ne saurait donc soumettre les actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle au contrôle juridictionnel sans porter atteinte à l'indépendance de la haute institution. Il s'agit d'ailleurs d'un « *prolongement de la théorie classique de la séparation des pouvoirs* »², qui permet également d'exclure la possibilité d'un contrôle politique.

2- L'inexistence d'un contrôle politique

Le contrôle politique fait référence à la soumission des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle à l'examen d'un organe politique. Si l'éventualité quoique mythique d'un contrôle juridictionnel a pu être évoquée, la simple idée d'un contrôle politique tendrait à remettre en question l'autonomie des juridictions constitutionnelles, et partant leur indépendance. Bien plus, elle permettrait de reconsidérer leur légitimité. L'analyse des lois et règlements en vigueur en Afrique noire francophone écarte une telle éventualité tant en ce qui concerne le parlement que l'exécutif.

La négation d'un contrôle des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle par le pouvoir exécutif participe à l'évitement, sinon

¹ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État respecte l'indépendance du Conseil constitutionnel », D., 2002, p. 3289.

² P. CASSIA, « Le site Internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? », JCP A, 2006, n° 8, p. 263-270.

l'amointrissement des précédentes dérives de l'exécutif. Ces dernières constituent l'un des vecteurs de l'autonomisation de la haute instance. A titre de rappel, avant la survenance du nouveau constitutionnalisme en Afrique noire francophone, l'exécutif et principalement le Président de la République occupait une place ascendante sur la scène étatique. Cette dernière était caractérisée par l'émergence de régimes autoritaires et du phénomène de parti unique, qui liait inexorablement le pouvoir législatif à l'exécutif. Sous ces régimes, on assistait à des violations massives et brutales des libertés fondamentales et droits de l'Homme¹, et à la mise en marge des juridictions constitutionnelles. Cette période était marquée par un déclin notoire du constitutionnalisme, avec ses corollaires rédhibitoires à l'avènement de la démocratie et de l'Etat de droit. Les juridictions chargées d'assurer la protection de la loi fondamentale étaient bâillonnées dans des chambres de la Cour Suprême, qui était à son tour soumise au pouvoir exécutif à travers le ministère de la justice. En effet, « *le renforcement des pouvoirs de l'exécutif (civil ou militaire), dénominateur commun de tous les régimes africains [...], ne s'accompagnait pas d'une révérence particulière à l'égard d'une juridiction dont la mission était de protéger la Constitution* »². La revanche du droit constitutionnel³ a permis une renaissance des juridictions constitutionnelles dont l'émancipation progressive tend à revaloriser le constitutionnalisme en Afrique noire francophone. Cet affranchissement est passé par une autonomisation de la haute instance, gage de l'affirmation du contrepoids à l'hyper-présidentialisme. La juridiction constitutionnelle a donc été extraite des ténèbres dans lesquels elle était enfouie. Elle est désormais une

¹ Lire dans ce sens A. J. DOUI WAWAYE, *La sécurité, la fondation de l'État centrafricain. Contribution à la recherche de l'État de droit*. Université de Bourgogne, 2012.

Lire aussi dans ce sens J.-L. ATANGANA AMOUGOU, *L'État et les libertés publiques au Cameroun. Essai sur l'évolution des libertés publiques au Cameroun*, Thèse pour le doctorat en droit, mention droit public, Université Jean Moulin Lyon 3, faculté de droit, 1999.

² F. MODERNE, « L'évolution des juridictions constitutionnelles dans les Etats d'Afrique francophone et la République malgache », in Gérard Conac (dir.), *Les Institutions Constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 186.

³ P. AVRIL, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n°49, 1989, pp.5-13.

institution à part entière, à laquelle la norme fondamentale et les textes infra constitutionnels attribuent la capacité de s'auto administrer librement sous l'autorité de son Président.

Relativement à l'exclusion d'un contrôle des actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle par le pouvoir législatif, elle est avérée étant donné qu'aucune disposition textuelle n'attribue une telle compétence aux parlementaires. Les lois constitutionnelles dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone soumettent plutôt les actes gouvernementaux au contrôle du pouvoir législatif. Ce dernier peut au travers des questions de confiance ou du vote de motions de censure enclencher un processus de contrôle du gouvernement, pouvant ainsi déboucher sur une sanction¹. Si la grande tendance est à l'irresponsabilité du chef de l'exécutif², dans certains Etats comme le Benin, les actes du Président de la République sont également soumis au contrôle du pouvoir législatif³. Ce mécanisme constitutionnellement consacré intervient dans une dynamique d'influence réciproque entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, par le biais de la mise en œuvre de la responsabilité politique, nonobstant le contexte de séparation des pouvoirs⁴. Par contre, de tels mécanismes de contrôle sont inexistantes en ce qui concerne les actes émis par la juridiction constitutionnelle, et encore moins par le Président de la haute instance.

¹ Art. 107 et 108 de la Constitution du Niger, art. 113 de la loi constitutionnelle du Benin, art. 34 et 35 de la loi constitutionnelle camerounaise.

² Il s'agit là de l'une des particularités des régimes présidentielistes qui sévissent dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, où c'est le gouvernement qui endosse la responsabilité politique des actes émis par l'exécutif. Les dispositions relatives au Gouvernement dans la loi constitutionnelle camerounaise permettent d'illustrer ce fait. C'est en effet le Gouvernement qui est responsable devant le parlement de la mise en œuvre d'une politique définie par le Président de la République. (Art. 11 de la loi constitutionnelle camerounaise). Des dispositions similaires sont visibles dans l'article 77 de la loi constitutionnelle du Togo.

³ Art. 73, 76 et 77 de la loi constitutionnelle du Benin.

⁴ Il est anodin de rappeler que le chef de l'exécutif dispose également de moyens de contrôle sur le parlement dont il peut initier la dissolution. Art. 59 de la Constitution du Niger, art. 8 al 12 de la Constitution du Cameroun.

L'exclusion de l'ingérence du pouvoir politique dans la gestion normative interne de la juridiction constitutionnelle participe donc au renforcement de son autonomie, et partant son indépendance¹. En effet, considérant le fait que la notion de contrôle implique un lien de subordination, l'existence d'un contrôle en faveur du pouvoir politique sur les actes réglementaires du Président de la juridiction constitutionnelle reviendrait à affirmer son assujettissement, et donc celui de la haute instance au pouvoir politique. Cet état de fait remettrait alors totalement en question la raison d'être de l'existence des juridictions constitutionnelles, étant donné qu'elles seraient limitées dans l'accomplissement de leurs missions. A titre illustratif, nul besoin n'est de rappeler que dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, l'initiative des lois appartient concurremment à l'exécutif et au législatif. L'objectivité du contrôle de constitutionnalité des lois serait alors illusoire dans un contexte de subordination de l'activité normative du Président de la juridiction constitutionnelle au pouvoir politique. Qu'il s'agisse donc de l'exécutif ou du législatif, l'exclusion du pouvoir politique du contrôle de l'activité réglementaire du Président de la juridiction constitutionnelle et partant de la haute instance, constitue un gage de la protection de l'autonomie de cette dernière.

Cependant, la politisation du mode désignation des Présidents des juridictions constitutionnelles dans plusieurs Etats d'Afrique noire francophone ouvre la brèche à l'éventualité d'un contrôle politique implicite des actes réglementaires de ces derniers. En effet, la nomination du Président de la juridiction constitutionnelle par le Président de la République pourrait laisser transparaître un lien de subordination tacite entre le Président de la haute instance et l'autorité de nomination². Cet état de fait paraît encore plus concrétisable dans les cas où les textes envisagent une intervention de l'autorité

¹ Lire dans ce sens M.-A. BITSACK, *L'autonomie des juridictions constitutionnelles dans les Etats d'Afrique Noire francophone*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé II-Soa, Année 2020-2021.

² Au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Congo, au Togo, au Cameroun, le Président de la juridiction constitutionnelle est nommé par le Président de la République.

de nomination dans la révocation d'un membre de la juridiction constitutionnelle¹. Cette dernière option constitue inéluctablement un frein à l'affirmation de l'indépendance du juge constitutionnel². Le devoir d'ingratitude revendiqué par Georges VEDEL et Robert BADINTER serait difficilement mis en œuvre par un juge constitutionnel soucieux d'être reconduit dans ses fonctions. Le Président de la juridiction constitutionnelle pourrait alors dans ces cas-là, exercer son pouvoir réglementaire sous les ficelles d'une autorité politique. L'option pour l'élection du Président de la juridiction constitutionnelle par ses pairs, permettrait de contribuer à l'amoindrissement des possibilités offertes par les textes, d'une soumission implicite de ce dernier à une autorité politique.

In fine, le pouvoir réglementaire du président de la juridiction constitutionnelle est diversifié au regard de la variété des actes émis et de la pluralité de leurs destinataires. Par ailleurs, la quasi absence de contrôle tant interne qu'externe de ses actes réglementaires met en relief l'étendue ahurissante de son pouvoir. Cet état de fait est de nature à soulever des questionnements relatifs à ce pouvoir réglementaire. On pourrait en effet s'interroger sur le fait de savoir si cette absence de contrôle ne traduit pas l'existence d'un ordre juridique propre à la juridiction constitutionnelle ! Dans le même ordre d'idée, cela ne renforcerait-il pas l'idée d'un gouvernement des juges ?

¹ C'est le cas au Cameroun où la loi n° 2004/005 du 21 avril 2004 fixant le statut des membres du Conseil constitutionnel camerounais est porteuse d'un paradoxe qui admet cette possibilité. Son article 9 consacre l'inamovibilité des membres du Conseil constitutionnel, tandis que l'article 18 quant à lui émet la possibilité de révocation d'un membre du Conseil constitutionnel à la demande de l'autorité de désignation. Ce qui induit que le Président de la République pourrait initier la révocation du Président du Conseil constitutionnel.

² Bien que François LUCHAIRE soulignait fort à propos qu'un juge n'est indépendant que s'il veut l'être, car il s'agit d'une question de conscience. Lire F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, 1980, p. 67.

La formule “dire et juger” ou “constater” peut introduire une prétention que le juge a l’obligation d’examiner

Cass. 2^e civ., 13 avril 2023, n° 21-21.463

Pierre-Claver KAMGAING - Docteur en droit, Université Côte d’Azur et Université de
Dschang - ATER à l’Université Sorbonne Paris Nord, Membre de l’IRDA - Enseignant
associé à l’Institut Catholique de Bafoussam – Cameroun

Résumé

L'arrêt du 13 avril 2023 n'était pas particulièrement attendu, car le sort des formules « dire et juger » et « constater », employées pour énoncer les prétentions dans le dispositif des conclusions, semble scellé par les juridictions du fonds. En effet, celles-ci refusent systématiquement de statuer sur les demandes introduites par de telles formules au motif qu'elles ne constituent pas de prétentions et ne confèrent pas de droit à la partie qui les requiert, hormis les cas prévus par la loi. Alors qu'on a pu penser que la Cour de cassation avait donné son approbation à cette nouvelle règle prétorienne, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation appelle à la prudence en décidant que ces formules peuvent introduire de prétentions que le juge a l'obligation d'examiner. Certes, il ne s'agit pas d'un revirement de jurisprudence, mais l'arrêt amène à réfléchir sur la notion de prétention et plus globalement sur le formalisme de la procédure civile en appel.

1. Au cœur du procès... la prétention. L'on dit de la procédure qu'elle libère car, « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »¹. Mais de quelle procédure parle-t-on ? Peut-être celle d'une autre époque ! De quelle type de procédure parle-t-on ? sûrement pas de la procédure d'appel ! En effet, au fil des réformes qu'elles a subies, la procédure d'appel s'est compliquée. Aujourd'hui plus qu'hier, elle enserme les justiciables dans un formalisme rigoureux² et les enfonce « dans d'étranges épines »³. L'article 954 du Code de procédure civile fournit une illustration de ce formalisme en ce qu'il impose une structuration des conclusions⁴. Celles-ci doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. Ainsi, la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif⁵. Or, faute de définition légale, il n'est pas toujours évident d'identifier les prétentions et surtout de les distinguer des moyens de défense qui les légitiment. Tel est notamment le cas lorsque les prétentions sont introduites par des formules qui ne laissent pas apparaître immédiatement les conséquences juridiques poursuivies par la partie qui les invoquent. L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 avril 2023 permet de mettre en relief cette difficulté.

En l'espèce, le tribunal de commerce prononce la liquidation judiciaire simplifiée d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée, initialement placée en redressement judiciaire. Le liquidateur judiciaire assigne madame G et monsieur R devant un tribunal de commerce afin de les voir condamnés solidairement au

¹ R. V. Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t.1, Paris, Marescq, 1877.

² Sur la question, Fr. Ancel, « Sanctions de la déclaration d'appel », GPL 26 juill. 2022, n° GPL438y5, p. 59 ; N. Fricero, « Les nouvelles sanctions du défaut de diligence des avocats en appel », Jurisclasseur LexisNexis, oct. 2013, p. 18-23.

³ J.-B. Poquelin (dit Molière), *Les fourberies de Scapin*, 1671, spéc. Acte II. Scène 5 : « Vous savez ce que c'est que les procès en ce pays-ci, et vous allez vous enfoncer dans d'étranges épines ».

⁴ CPC, art. 954 al. 2 : « Les conclusions comprennent distinctement un exposé des faits et de la procédure, l'énoncé des chefs de jugement critiqués, une discussion des prétentions et des moyens ainsi qu'un dispositif récapitulant les prétentions. Si, dans la discussion, des moyens nouveaux par rapport aux précédentes écritures sont invoqués au soutien des prétentions, ils sont présentés de manière formellement distincte ».

⁵ CPC, art. 954 al. 3.

paiement d'une certaine somme, ainsi que pour entendre prononcer à leur encontre des sanctions commerciales sur le fondement de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Le tribunal déboute le liquidateur de ses demandes à l'égard de madame G et condamne monsieur R au paiement d'une certaine somme¹ qui interjette appel devant la cour d'appel d'Amiens. Il demande au juge de « **“constater”** les diverses irrégularités qui émaillaient l'assignation introductive d'instance du liquidateur judiciaire et, en conséquence, de **“dire et juger”** que ces irrégularités constituaient un élément substantiel et de fond susceptible d'entraîner la nullité de l'assignation »². Il demande également à la cour d'appel de « **“dire et juger”** en toute hypothèse que les modes de convocation et de représentation en justice (...) constituent des fins de non-recevoir en application de l'article 122 du Code de procédure civile »³. Nous soulignons.

Mais la cour d'appel d'Amiens (CA Amiens, 24 juin 2021, n° 20/04769) refuse de statuer sur ces points en énonçant que les « **“dire et juger” et les “constater” ne sont pas des prétentions en ce que ces demandes ne confèrent pas de droit à la partie qui les requiert, hormis les cas prévus par la loi** ; que l'appelant sollicite l'infirmité de la décision en ce qu'elle rejette les moyens de nullité de l'assignation et d'irrecevabilité mais ne demande pas le prononcé de la nullité de l'assignation ou le prononcé de l'irrecevabilité des demandes »⁴. En clair, selon le juge d'appel, sauf exception prévue par le législateur, les formules « dire et juger » et « constater » ne peuvent valablement introduire des prétentions. Dès lors, la partie qui les emploie dans le dispositif de ses conclusions rappellent simplement les moyens de défense qui ne saisissent pas la cour.

C'est dans ce contexte que monsieur R se pourvoit en cassation où il reproche au juge du second degré un excès de formalisme qui violerait l'article 954 du Code de procédure civile, l'article 6.1 de la Convention européenne de

¹ Le tribunal de commerce a décidé qu'il n'y a pas lieu de prononcer des sanctions commerciales à l'encontre du défendeur.

² Le gras est de l'auteur.

³ Le gras est de l'auteur.

⁴ Le gras est de l'auteur.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que le principe de loyauté procédurale. Il estime que la formulation de ses demandes devant la cour d'appel, « eût-elle été perfectible sur le plan purement rédactionnel, ne faisait naître aucun doute raisonnable sur la saisine de la cour d'appel de véritables prétentions tendant à voir prononcer la nullité de l'assignation introductive d'instance et l'irrecevabilité des demandes formées par l'appelant ». Comme on peut le constater, c'est la notion de prétention et plus spécifiquement la question de la formulation des prétentions qui est au cœur du procès et de la saisine de la Cour de cassation.

2. De la formulation des prétentions. La Cour de cassation doit répondre à la question de savoir si le juge peut refuser de statuer sur des demandes au seul motif qu'elles sont précédées par les formules « dire et juger » ou « constater ». En d'autres termes, les formules « dire et juger » ou « constater » peuvent-elles introduire des prétentions qui saisissent le juge et l'obligent à statuer ? La question ne semble pas difficile car, pour bon nombre de praticiens, la solution a déjà été trouvée par les juges du fond qui limitent l'usage de ces formules à certains cas marginaux¹. Ainsi, le sort des « dire et juger » ou « constater » semblait déjà scellé et l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens s'inscrivait alors dans la continuité d'une jurisprudence qui avait pris corps, sous le regard – approbateur ? – de la Cour de cassation. En effet, comme il sera donné de constater plus tard, les arrêts antérieurs de la Haute juridiction ont pu laisser penser que celle-ci avait donné son approbation à ce nouveau formalisme d'origine prétorienne. De ce point de vue, l'arrêt du 13 avril 2023 n'était pas particulièrement attendu.

3. La réponse – inattendue ? – de la Cour de cassation. Dans une démarche pédagogique, la Cour de cassation sanctionne le raisonnement de la cour d'appel et annule sa décision : « en statuant ainsi, alors que l'appelant demandait, dans le dispositif de ses conclusions, de dire et juger que les irrégularités affectant

¹ Il s'agit notamment des actions déclaratoires qui tendent à faire reconnaître en justice, en dehors de tout intérêt né et actuel, la régularité ou l'irrégularité d'une situation juridique.

l'exploit introductif d'instance constituent un élément substantiel et de fond susceptible d'entraîner la nullité de l'assignation, et de dire et juger que les modes de convocation et de représentation en justice (...) constituent des fins de non-recevoir en application de l'article 122 du Code de procédure civile, la cour d'appel, qui était tenu d'examiner ces prétentions, a violé le texte et le principe susvisés »¹. La solution apparaît comme un coup de tonnerre dans un ciel serein ou plutôt comme un coup d'éclair dans un ciel nuageux, selon l'interprétation que les uns et les autres se faisaient de l'état de la jurisprudence en la matière. En substance, la Cour de cassation décide que les formules « dire et juger » et « constater » peuvent – bel et bien – introduire des prétentions que le juge a l'obligation d'examiner.

Inattendue, la solution est pourtant significative, car elle émane de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Dès lors, se révèle l'intérêt juridique voire pédagogique de cet arrêt qui rappelle – à ceux qui l'ignoraient – qu'aucune formule expresse n'est requise ou exclue pour la présentation des prétentions. Le principe est donc celui de la liberté dans l'écriture des prétentions. La clarté et la solennité du dispositif de l'arrêt ont pu convaincre certains qu'il s'agit un revirement de jurisprudence. Cependant, à regarder de près, il n'en est rien puisqu'en réalité, la Cour de cassation n'a jamais décidé le contraire. Sur le plan théorique, l'arrêt amène à s'interroger sur l'opportunité de l'exclusion de certaines formules introductives des prétentions² dont le non-respect est sévèrement sanctionné par les juridictions du fond. Enfin, sur le plan pratique, l'arrêt devrait « apaiser » les avocats qui souhaitent laisser leur génie s'exprimer dans la rédaction des écritures. La solution de la Cour de cassation est aussi utile pour les magistrats, car elle rappelle que les juridictions ne peuvent pas soumettre leur saisine à un formalisme excessif sans porter une atteinte déraisonnable aux

¹ Malheureusement, le principe invoqué dans le dispositif de l'arrêt n'est pas mentionné dans son visa.

² Cette exclusion est désormais consignée dans la Charte de présentation des conclusions signée le 30 janvier 2023 entre les responsables de la profession d'avocat et les hauts magistrats.

exigences du procès équitable d'une part et que la mission du juge consiste – à bien des égards – à « dire et juger » le bien-fondé des prétentions.

4. Organisation du propos. Dans un premier temps, l'arrêt du 13 avril 2023 précise que les prétentions peuvent exister indépendamment des formules qui les introduisent (I). Cette solution découle de la répartition des rôles des différents acteurs du procès. Les parties ont l'obligation de formuler expressément leurs prétentions, sans toutefois être tenues par une formule introductive. Le juge quant à lui doit identifier et examiner les prétentions des parties, sans pouvoir leur imposer une forme de rédaction particulière. Il doit rechercher si derrière les formules d'interpellation employées par les parties ne se cachent pas de véritables prétentions. Cependant et dans un second temps, l'arrêt n'a rien de révolutionnaire et la solution dégagée ne devrait pas être sublimée. Rendu en formation restreinte, l'arrêt n'est pas appelé à un fabuleux destin, notamment au regard de la Charte de présentation des écritures et du projet ministériel tendant à l'amélioration de la rédaction des conclusions. Nous y reviendrons. Mais déjà, force est donc de constater la subsistance du formalisme de la rédaction des conclusions en procédure d'appel (II).

I. L'existence des prétentions indépendamment des formules introductives

5. De l'office respectif des parties et du juge. Le principe dispositif en vertu duquel le litige est la chose des parties¹ a pour conséquence de faire peser sur elles la charge de formuler les prétentions. Certes, les prétentions doivent être présentées de manière expresse, mais les parties demeurent libres dans leur formulation (A). Ainsi, dans un contexte où les juges du fond excluent automatiquement les formules « dire et juger » et « constater » introduisant les prétentions dans le dispositif des conclusions, l'arrêt du 13 avril 2023 se révèle

¹ F. Brus, *Le principe dispositif et le procès civil*, thèse de doctorat, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 14 et s.

comme un appel à la prudence. Assurément, les formules introductives des prétentions importent peu. Dès lors, les « dire et juger » ou « constater » peuvent exposer de véritables prétentions qui saisissent le juge et l'obligent à statuer **(B)**.

A. La liberté des parties dans la formulation des prétentions

6. À la recherche des prétentions. Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile¹ apporte d'importantes modifications à la procédure d'appel en matière civile². L'appel est davantage considéré comme une voie de réformation³ puisqu'il « tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel »⁴. Le même décret⁵ modifie également l'article 954 du Code de procédure civile dont l'alinéa 3 dispose que « la cour [d'appel] ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion »⁶. De même, seules les prétentions formulées au dispositif des dernières conclusions récapitulatives des parties sont examinées par le juge⁷. Cependant, le législateur ne prévoit aucune formule particulière pour introduire les prétentions⁸, ce qui pose des difficultés dans la pratique. En effet, si l'on peut

¹ Le décret a été publié au Journal Officiel du 10 mai 2017.

² La procédure d'appel avait déjà été profondément remaniée par le décret n°2009-1524 du 9 déc. 2009 dit « décret Magendie ».

³ E. Julien, « Décret réformant l'appel : plus de contraintes que de satisfaction pour les avocats », GPL, 16 mai 2017, n° 295m9, p. 10. *Contra*, G. Guerlin, « L'appel : une voie d'achèvement du litige à maîtriser », LEDC mai 2017, n° 110r4, p. 5 ; M. Parmentier, « N'achevons pas la voie d'achèvement ! », GPL, 16 juill. 2002, p. 20.

⁴ CPC, art. 542.

⁵ Décret de 2017, art. 34.

⁶ V. aussi CPC, art. 954 al. 4 : « Les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. À défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées ».

⁷ Cass. civ. 2^e, 24 oct. 2012, n° 11-22358, inédit ; Cass. civ. 2^e, 8 janv. 2015, n° 13-27889, inédit ; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-24022, publié au Bulletin ; Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-16852, publié au Bulletin.

⁸ D'ailleurs, la loi ne saurait tout prévoir, J-É-M Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 ; J. Hauser, « le juge et la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/4, spéc. p. 139.

s'accorder à reconnaître que certaines formules telles que « condamner M. X » ou « annuler le jugement » annoncent de véritables prétentions, d'autres en revanche, en tout cas au premier abord, n'emportent pas la conviction. Tel est notamment le cas des « dire et juger » ou « constater », sauf dans les instances déclaratoires. Nous y reviendrons.

Dans l'affaire qui nous occupe, le requérant en cassation avait demandé à la cour d'appel « de constater les diverses irrégularités qui émaillaient l'assignation introductive d'instance » et en conséquence de « "dire et juger" que ces irrégularités "constituaient un élément substantiel et de fond susceptible d'entraîner la nullité de l'assignation" ». En outre, il a demandé au juge de « dire et juger » que le non-respect des règles de convocation et de représentation en justice est une fin de non-recevoir. Toute la question est celle de savoir si ces énoncés formulent réellement des prétentions qui saisissent le juge ? Il serait permis d'en douter, comme l'a fait la cour d'appel d'Amiens, si l'on s'en tient à une interprétation rigoriste de la notion de prétention¹. Selon le *Vocabulaire juridique* la prétention est l'« affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur, soit de la part du défendeur et dont l'ensemble détermine l'objet du litige »². Abondant dans le même sens, un auteur assimile la prétention à un GPS³ : « Votre destination, c'est votre prétention. Et pour arriver à cette destination, vous avez parfois plusieurs chemins possibles. Ce sont ces chemins qui sont les moyens. Dans le dispositif de vos conclusions, inutile de préciser par où vous êtes passés. Il faut juste indiquer quelle est la destination de rêve pour laquelle vous sollicitez les juges d'appel »⁴. Partant de là, nous pouvons définir la prétention comme l'effet juridique recherché (EJR) à l'issue d'un

¹ Le législateur ne donne aucune définition de la notion de prétention. L'article 4 du Code de procédure civile indique simplement que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ».

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2023, p. 803. V. également H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile... », in *Écrits et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 293.

³ GPS signifie *Global Positioning System*.

⁴ C. Lhermitte « Gare au dispositif des conclusions », GLD Avocats, 16 janv. 2020.

procès, car la prétention doit conférer des droits à la partie qui la requiert¹. Par exemple, l'effet juridique recherché par le demandeur peut être la condamnation du défendeur au paiement des dommages-intérêts ou le prononcé du divorce aux torts exclusifs de son conjoint. À l'inverse, l'effet juridique recherché par le défendeur peut être l'irrecevabilité² ou le rejet de la demande³ de son adversaire. Or, en l'espèce, l'effet juridique recherché par l'appelant n'apparaît pas très clairement dans les conclusions. Demander au juge de « constater l'irrégularité » d'un acte de procédure (en l'occurrence l'acte introductif d'instance), comme l'a fait l'appelant, équivaut-il à solliciter « la nullité » dudit acte. Pour la cour d'appel, ce n'est pas bonnet blanc, blanc bonnet ! Seule la demande tendant à prononcer la nullité constitue une véritable prétention (EJR), dans la mesure où elle emporte une conséquence juridique. Ainsi, au lieu de demander au juge de constater l'irrégularité de l'assignation, l'appelant aurait dû plutôt solliciter la nullité de cet acte. Ce raisonnement peut se comprendre car, en réalité, l'irrégularité entachant un acte de procédure constitue plutôt un argument (moyen de défense) permettant de solliciter son annulation (prétention). Cependant, la cour d'appel pouvait-elle se contenter de « constater » que l'assignation était irrégulière sans tirer les conséquences de ses propres constatations, à savoir prononcer la nullité de l'acte et infirmer du jugement qui l'avait validé ?⁴ L'on serait tenté de répondre par l'affirmative sur le fondement de l'article 5 du Code de procédure civile qui dispose que le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. Mais la Cour de cassation se garde d'une interprétation sévère de cette disposition et appelle à la prudence dans l'identification des prétentions.

¹ Sur ce point et sur ce point seulement, l'arrêt de la CA d'Amiens (CA Amiens, 24 juin 2021, n° 20/04769) doit être approuvé.

² Sur les fins de non-recevoir, v. les articles 122 à 126 du Code de procédure civile.

³ Le défendeur peut également demander de « débouter ». Dans ce sens, C. LHERMITTE, *Procédures d'appel*, 2022-2023, Paris, Delmas express, éd. Dalloz, 576 p.

⁴ La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer dans une situation inverse. Dans le dispositif de ses conclusions, l'appelant sollicitait l'infirmité du jugement, sans également demander l'annulation de l'assignation sur la base de laquelle le jugement a été rendu, Cass. civ. 2^e, 4 févr. 2021, n° 19-23.615.

7. L'appel à la prudence de la Cour de cassation. « En statuant ainsi, alors que l'appelant demandait, dans le dispositif de ses conclusions, de dire et juger que les irrégularités affectant l'exploit introductif d'instance constituent un élément substantiel et de fond susceptible d'entraîner la nullité de l'assignation, et de dire et juger que les modes de convocation et de représentation en justice (...) constituent des fins de non-recevoir (...), la cour d'appel, qui était tenu d'examiner ces prétentions, a violé le texte ». Pour la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, l'emploi de l'expression « dire et juger » ou « constater » dans le dispositif des conclusions n'implique pas *ipso facto* l'absence de prétentions. Elle suit en cela le raisonnement tenu par le demandeur au pourvoi pour qui, la formulation de ses prétentions, quoique « perfectible sur le plan rédactionnel, ne faisait naître aucun doute raisonnable sur la saisine de la cour d'appel de véritables prétentions tendant à voir prononcer la nullité de l'assignation introductive d'instance et l'irrecevabilité des demandes formées par l'appelant ». De ce point de vue, une prétention, même mal formulée, demeure une prétention qui saisit le juge et l'oblige à statuer. Nous y reviendrons. L'on peut cependant déplorer le fait que la Cour de cassation n'indique pas en quoi les demandes de l'appelant constituaient de réelles prétentions. Toutefois, il est possible de déceler dans les motifs de l'arrêt les substrats d'un raisonnement *ad consequentiam*, c'est-à-dire un raisonnement fondée sur les conséquences causales ou logiques d'une hypothèse¹. Cette démarche devrait amener le juge à aller au bout de son raisonnement en tirant les conséquences juridiques des constatations auxquelles l'invitent les parties. Par exemple, dans une affaire où l'appelant demandait au juge « de “dire et juger” qu'il n'y a jamais eu société de fait », la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel était en réalité « invitée à se prononcer sur l'existence d'une telle société »². Dans une autre espèce, l'appelant invitait la cour d'appel à « dire et juger qu'il ne devrait supporter,

¹ D. Walton, « Historical Origins of Argumentum ad consequentiam », *Argumentation*, n° 13(3), 1999, p. 251-264.

² Cass. civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n° 93-19.449, publié au Bulletin.

qu'une partie de l'insuffisance d'actif qui se dégagera des opérations de la liquidation de la société ». La Cour de cassation a estimé qu'il était demandé au juge de prononcer une exonération partielle de responsabilité¹. Dès lors, en ramenant le raisonnement *ad consequentiam* à l'espèce qui nous intéresse, le juge aurait dû considérer que la demande tendant à « dire et juger » que l'acte introductif d'instance était irrégulier l'interpellait en réalité à se statuer sur la validité dudit acte et, le cas échéant, à prononcer sa nullité (conséquence juridique logique découlant du constat). Comme on peut le constater, cette approche permet dans une certaine mesure de pallier le manque de rigueur dans la rédaction des conclusions. Elle exige du juge qu'il recherche les conséquences juridiques des demandes formulées par les parties, plutôt que de s'en tenir aux formules employées par celles-ci². Sous ce prisme, l'arrêt du 13 avril 2023 remet en cause la pratique des juridictions du fond, notamment des cours d'appel, consistant à écarter systématiquement les prétentions introduites par les formules « dire et juger » ou « constater ».

8. La remise en cause de la sanction systématique des formules introductives des prétentions. Depuis la réforme de la procédure d'appel, les juridictions du fond interprètent de manière rigoureuse l'article 954 du Code de procédure civile, en écartant automatiquement les demandes introduites par des formules telles que « dire et juger », « donner acte » ou encore « constater ». Cette tendance est initiée en 2017 par la cour d'appel de Versailles qui a décidé que « les "dire et juger" et les "constater" ne sont pas des prétentions en ce que ces demandes ne confèrent pas de droit à la partie qui les requiert [et qu'en conséquence], la cour ne statuera pas sur celles-ci, qui ne sont en réalité que le rappel des moyens invoqués »³. Plusieurs autres cours d'appel ont repris la même

¹ Cass. com., 14 oct. 1981, n° 80-06.009, publié au Bulletin.

² Selon le contexte, l'expression « dire et juger » peut également introduire un moyen, Cass. civ. 3^e, 21 févr. 1969, publié au Bulletin.

³ CA Versailles, 16^e chambre, 23 nov. 2017, n° 17/00454.

solution¹. Il va sans dire qu'un tel raisonnement entraîne des conséquences importantes, notamment à l'égard de l'appelant, étant donné que le juge ne statuera pas sur les demandes qu'il ne considère pas comme des prétentions. À regarder de près, il s'agit d'une véritable sanction, dans la mesure où l'emploi de telles formules a pour conséquence de priver indirectement l'appelant de son droit à un second degré de juridiction². La conséquence est encore plus sévère lorsque l'appelant n'a pas expressément sollicité l'infirmité ou l'annulation du jugement. En effet, la Cour de cassation a décidé que « lorsque l'appelant ne demande dans le dispositif de ses conclusions ni l'infirmité ni l'annulation du jugement, la cour d'appel ne peut que confirmer le jugement »³. C'est ainsi qu'elle a sanctionné une cour d'appel qui, ayant constaté l'absence de prétentions, a déclaré l'appel irrecevable au lieu de confirmer le jugement d'instance.

Dans l'affaire qui nous occupe, l'appelant demandait l'infirmité du jugement d'instance en ce qu'il avait rejeté ses moyens de nullité de l'assignation et d'irrecevabilité de la demande. Or, en toute logique, la cour d'appel ne pouvait infirmer le jugement qu'après avoir annulé l'assignation et déclaré irrecevable la demande en justice. Ainsi, comme on peut le constater, les prétentions de l'appelant, à savoir la nullité de l'assignation, l'irrecevabilité de la demande et l'infirmité du jugement étaient donc intimement liées, de sorte qu'en estimant ne pas être saisie des deux premières au motif qu'elles étaient introduites par les formules « dire et juger » et « constater », la cour d'appel ne pouvait pas faire droit à la dernière. Comme autre sanction pouvant découler de l'existence (ou la

¹ CA Lyon, 13 nov. 2018, RG n°16/04307 ; CA Bordeaux, 27 mars 2018, RG n°15/07488 ; CA Bordeaux, 15 janv. 2019, n°16/03965 ; S. Simon, « Le glas des "dire et juger" a enfin sonné », La revue, 26 févr. 2019.

² Dans ce sens, Cass. civ. 2^e, 10 déc. 2020, n° 19-16.137. V. également, 20 mai 2021, n° 20-13.210, Dalloz actualité, 4 juin 2021, obs. C. Lhermitte ; D. 2021, p. 1217, note M. Barba ; Cass. civ. 2^e, 1^{er} juill. 2021, n° 20-10.694, Dalloz actualité, 23 juill. 2021, obs. C. Lhermitte ; D. 2021. 1337 ; AJ fam. 2021. 505, obs. J. Casey.

³ Cass. civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 18-23.626, publié au Bulletin, Dalloz actualité, 1^{er} oct. 2020, note C. Auché et N. De Andrade ; D. 2020, p. 2046, note M. Barba ; *ibid.* 2021. 543, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1353, obs. A. Leborgne ; AJ fam. 2020, p. 536, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. prat. rec. 2020, p. 15, chron. I. Faivre, A.-I. Gregori, R. Laher et A. Provansal ; RTD civ. 2021, p. 479, obs. N. Cayrol. V. également, Cass. civ. 2^e, 20 mai 2021, n° 19-22.316.

présentation) des prétentions, l'on peut citer la caducité de l'appel, à l'initiative de l'intimé, du conseiller de la mise en état ou de la cour d'appel¹. En effet, dans un arrêt rendu en date du 9 septembre 2021, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'il ressort de la combinaison des articles 908 et 954 du Code de procédure civile que, « dans le cas où l'appelant n'a pas pris, dans le délai de l'article 908, de conclusions comportant, en leur dispositif, [des] **prétentions**, la caducité de la déclaration d'appel est encourue »². Quoiqu'il en soit, ces sanctions ne pouvaient être appliquées en l'espèce, car selon la Cour de cassation a estimé que l'appelant avait formulé des prétentions que le juge avait l'obligation d'examiner.

B. L'examen obligatoire des prétentions par le juge

9. « Dire et juger » les prétentions... la mission du juge. La solution de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation peut se résumer en ces termes : les demandes de « dire et juger » ou « constater » mentionnées dans le dispositif des conclusions doivent être tranchées par le juge, à partir du moment où elles contiennent des prétentions. Autrement dit, le juge ne peut refuser de statuer sur des demandes introduites par ces formules au seul motif qu'elles seraient inaptes à introduire des prétentions, hormis les cas prévus par la loi. Il lui incombe alors de vérifier si la demande, indépendamment de la formule introductive, constitue une prétention ou un simple rappel des moyens de défense. La tâche n'est pas facile, étant donné qu'en pratique, la distinction entre la prétention et les moyens n'est toujours évidente³. En effet, dans certains cas, ce que l'on pourrait considérer comme un moyen de défense constitue en réalité une prétention. En

¹ CPC, art. 914 du CPC.

² Le Cass. civ. 2^e, 9 sept. 2021, n° 20-17.363, publié au Bulletin. Selon la Cour, « Cette sanction, qui permet d'éviter de mener à son terme un appel irrémédiablement dénué de toute portée pour son auteur, poursuit un but légitime de célérité de la procédure et de bonne administration de la justice ». Dans le même sens, Cass. civ. 2^e, 30 sept. 2021, n° 20-15.674, inédit.

³ R. Laffly, « Dispositif, concentration, moyens et prétentions : la grande illusion », note sous Cass. civ. 2^e, n° 21-18.382, Dalloz actualité, 15 mars 2023.

l'espèce, l'appelant sollicitait l'infirmité du jugement d'instance (prétention ou EJR). En soutien à cette demande, il invoquait notamment la nullité de l'acte introductif d'instance sur la base duquel le juge a rendu sa décision (moyen de défense ?). Or, comme nous l'avons relevé plus haut, l'infirmité ne peut être que la conséquence de l'annulation préalable de l'assignation. Dès lors, la demande d'annulation de l'acte introductif d'instance apparaît, à côté de la demande d'infirmité, comme une prétention autonome. C'est dans ce sillage que la Cour de cassation a pu décider que l'exception de nullité est une prétention et non un moyen et que comme telle, elle doit figurer dans le dispositif des conclusions, faute de quoi elle ne sera pas examinée¹.

En pratique, les prétentions des parties ne brillent pas toujours par leur clarté, contrairement aux prescriptions de l'article 954 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Mais cela justifie-t-il que le juge refuse de les examiner ? L'on serait tenté de répondre par l'affirmative en relevant qu'une prétention mal formulée n'est pas une prétention ou encore qu'il ne rentre pas expressément dans la mission de corriger les prétentions mal formulées. Cependant, ce raisonnement remettrait en cause « l'obligation des juges de rechercher le véritable objet du litige, en restituant le cas échéant aux conclusions mal rédigées leur portée juridique »². En effet, l'office du juge³ consiste dans une certaine mesure, à la manière du semeur de l'Évangile⁴, à séparer la bonne semence (prétention) de l'ivraie (non-prétention⁵). Ainsi, dès qu'il existe une prétention, le juge a l'obligation de les trancher⁶.

¹ Cass. civ. 2, 30 sept. 2021, n° 19-12.244, F-B, *Le Quotidien*, Lexbase, 6 oct. 2021, note A. Martinez-Ohayon.

² M. Carius, « "Dire et juger" : moyen ou prétention », *La semaine juridique*, Edition générale, n° 23, 12 juin 2023, act. 699. Pour application, v. Cass. soc., 23 mai 1962 : Bull. civ. IV, n° 467.

³ C. Bléry et N. Reichling : JCl. Procédure civile, Fasc. 500, « principes directeurs du procès », n° 49 et s.

⁴ Évangile selon Saint Matthieu, chapitre 13, versets 24-30.

⁵ Nous préférons cette expression à celle de « fausse prétention » employée par certains auteurs (M. Carius, « "Dire et juger" : moyen ou prétention », JCP G, n° 23, 12 juin 2023, act. 699. et M. Barba, « Charte de présentation des écritures. Entre droit extra-mou et droit extra-flou », *Dalloz actualité*, 02 févr. 2023), car une prétention « l'est » ou ne « l'est pas ».

⁶ M. Carius, « "Dire et juger" : moyen ou prétention », JCP G, n° 23, 12 juin 2023, act. 699 : « "Au plan sémantique, ces demandes sont des énoncés normatifs dès lors qu'elles renvoient à ce qui

En outre, à l'ère des droits fondamentaux¹ qui se traduit par l'humanisme processuel², le juge ne saurait se limiter aux formules qui énoncent les prétentions car, « au dispositif des conclusions, le verbe introductif n'est pas décisif pour distinguer vraies et fausses prétentions ; c'est le contenu qui suit qui importe et permet cet arbitrage »³. Dès lors, refuser d'admettre que « dire et juger » qu'un acte de procédure est nul revient à « prononcer la nullité » dudit acte procéderait d'un raisonnement pour le moins formaliste. En effet, la mission du juge, telle qu'elle se dégage de l'article 30 du Code de procédure civile consiste à dire « bien ou mal fondée » une prétention. Sous cet angle, la pratique des juridictions du fond consistant à écarter les prétentions introduites par « dire et juger » ou « constater » est critiquable, surtout qu'elle n'émane ni de la loi, ni de la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous discuterons du caractère approprié ou non de ces expressions plus tard. Mais déjà, il est important de noter que le juge qui rejette une prétention, au seul motif qu'elle serait introduite par une formule qu'il juge inféconde (absence d'EJR) porte immanquablement atteinte au droit d'accès au tribunal.

10. Excès de formalisme et droit d'accès au tribunal. Le déni de justice et l'excès de formalisme sont intimement liés, car le second fraie souvent le passage pour le premier. Or, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), consacre le droit au procès équitable en stipulant que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement. Cette disposition a servi de fondement à la reconnaissance par la Cour européenne des

devrait être " (...). Au plan juridique, ces énoncés font entrer dans le débat un fait juridique, c'est-à-dire un événement entraînant des effets juridiques qui n'ont pas été recherchés par les parties et dont la solution passe par l'application du droit (...). En pratique, ils supposent que le juge se prononce (c'est-à-dire exerce sa juridiction) pour que la demande prospère ». v. également, Cass. civ. 2^e, 30 sept. 2021, n° 19-12.244 : JurisData n° 2021-015152 ; Procédures 2021, comm. 313, obs. R. Laffly.

¹ S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis » 10 éd.

² Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010.

³ M. Barba, « Charte de présentation des écritures. Entre droit extra-mou et droit extra-flou », Dalloz actualité, 02 févr. 2023.

droits de l'homme d'un droit d'accès à la justice¹. Ainsi, selon la Cour, les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure² et priverait les justiciables du droit d'accès au tribunal³. Tel est reproche que le demandeur au pourvoi fait à la cour d'appel qui invoque expressément la violation de l'article 6.1 de la CEDH. Selon lui, le juge ne pouvait, « en soumettant leur présentation à un formalisme excessif, s'affranchir de son obligation de statuer sur toutes les prétentions récapitulées dans le dispositif des conclusions (...) dont le libellé est libre et ne requiert l'emploi d'aucune formule sacramentelle ». Ce moyen méritait d'être soulevé étant donné que, comme nous l'avons indiqué plus haut, cette pratique n'a aucun fondement légal ou jurisprudentiel. D'ailleurs, l'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation se prononce définitivement sur l'illégalité de cette pratique judiciaire, mais elle s'est limitée à une appréciation *in concreto* des formules « dire et juger » et « constater ». Cette démarche peut s'expliquer par le fait que l'existence des prétentions doit s'apprécier au cas par cas, ce qui permet de relativiser la portée de l'arrêt. Nous y reviendrons.

11. La nécessité de la loyauté procédurale. Le dispositif de l'arrêt commenté mentionne la violation d'un principe, sans toutefois l'identifier formellement. Néanmoins, un regard panoramique sur la décision laisse penser qu'il s'agit du

¹ CEDH, 21 févr. 1975, X. c/ Royaume-Uni, série A, n° 18 § 36 ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 1996, n° 38 § 315 et s. Dans le même sens, v. CEDH, 28 oct. 2021, n° 55064/11, Succi. c/ Italie : Procédures 2021, comm. 324, obs. N. Fricero ; CEDH, 9 juin 2022, n° 15567/20, Lucas c/ France : JurisData n° 2022-009673 ; JCP G 2022, act. 832, Libres propos O. Boudeville et L. Monjeaud ; Dalloz actualité, 16 juin 2022, obs. C. Bléry. V. également Cass. civ. 1^{re}, 5 avr. 2023, n° 22-21.863 : JurisData n° 2023-005086 ; JCP G 2023, doctr. 650, n° 4, obs. L. Veyre ; Dalloz actualité, 20 avr. 2023, obs. C. Bléry.

² CEDH, 31 janv. 2017, req. n° 19074/05, Hasan Tunç et autres c. Turquie, §§ 32-33.

³ CEDH, 5 avr. 2018, req. n° 40160/12, Zubac c. Croatie, § 97 ; CEDH, 28 oct. 1998, req. n° 116/1997/900/1112, Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne, § 49 ; Miragall Escolano et autres c. Espagne, 25 janv. 2000, req. n° 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 et 41509/98, § 38 ; CEDH, 16 nov. 2000, req. n° 39442/98, Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce, § 20 ; CEDH, 12 nov. 2002, req. n° 47273/99, Běleš et autres c. République tchèque, § 50.

principe de loyauté procédurale, invoqué par le demandeur au pourvoi¹. Selon lui, « tenue de respecter en toutes circonstances le principe de loyauté des débats judiciaires », une cour d'appel ne peut, en prétendant soumettre leur présentation à un formalisme excessif, s'affranchir de son obligation de statuer sur toutes les prétentions récapitulées dans le dispositif des conclusions de l'appelant. Malheureusement, la Cour de cassation n'a pas motivé sa décision sur ce point, alors même qu'on pourrait s'interroger sur l'applicabilité du principe de la loyauté procédurale à l'affaire qui nous occupe. Cela paraît d'autant plus surprenant que le demandeur au pourvoi semble remettre en cause, non pas la loyauté de la partie adverse, mais celle du juge. Cependant, comme l'affirme le professeur Georges WEIDERKHER, « **que le procès se déroule de manière loyale paraît bien le moins que le justiciable soit en droit d'attendre de la justice ; que le juge ait à respecter et à faire respecter la loyauté des débats peut paraître l'évidence même** »². Il en résulte que le principe de loyauté s'impose à la fois aux parties et au juge. En effet, le principe de loyauté des débats occupe une place éminente dans les procédures orales, notamment devant le tribunal de commerce³. L'invocation de ce principe en l'espèce laisse penser qu'au cours des débats judiciaires, l'appelant avait clairement demandé au juge d'annuler l'assignation en justice, de sorte qu'il ne pouvait ignorer les prétentions formulées. De ce point de vue, dans les procédures orales, le principe de loyauté imposerait au juge de tenir compte, non seulement des écritures des parties, mais également des discussions qui se tiennent devant lui. D'ailleurs, rien ne l'empêche d'interpeller les parties lorsque leurs plaidoiries ne sont pas conformes à leurs écritures.

¹ L'on pourrait également penser que la Cour de cassation fait plutôt référence à l'exigence du procès équitable (encore appelée « droit au procès équitable ») que certains auteurs considèrent comme un principe. Dans ce sens, G. Wiederkehr, « L'office du juge », L'office du juge - Sénat (senat.fr), 29 sept. 2006. Dans le même sens, J. Meunier, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. R. Fabri, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, 2033, <https://shs.hal.science/halshs-00419087>, p. 1-19.

² G. Wiederkehr, « L'office du juge », L'office du juge - Sénat (senat.fr), 29 sept. 2006.

³ CPC, art. 860-1.

À tout cela, peut s'ajouter la « négligence » du conseiller de la mise en état dont le rôle directeur est pourtant important dans le contrôle du contenu des conclusions en appel. En effet, aux termes de l'article 913 du Code de procédure civile, le conseiller de la mise en état peut enjoindre aux avocats de mettre leurs conclusions en conformité avec les dispositions des articles 954 et 961. Ainsi, la mise en conformité des conclusions dès le stade de la mise en état permettrait d'éviter un contentieux au moment où la cour doit statuer au fond. En somme, il s'évince de l'arrêt du 13 avril 2023 qu'il rentre dans la mission du juge de déceler et d'examiner les prétentions indépendamment des formules qui les introduisent. Cependant, la décision n'a rien de novateur, puisqu'il ne remet pas en cause le formalisme de la rédaction des conclusions en appel. Ce formalisme subsiste et tend même à se renforcer.

II. La subsistance du formalisme de la rédaction des conclusions

12. L'hirondelle qui ne fait pas le printemps... L'apophtegme selon lequel une hirondelle ne fait pas le printemps pourrait illustrer parfaitement l'arrêt de la Cour de cassation, dans la mesure où il n'a *a priori* rien de révolutionnaire. Assurément, il ne compte pas au nombre des décisions qui bouleversent considérablement l'état du droit ou de la jurisprudence. Certes, intervenu peu de temps après l'adoption de la charte de présentation des conclusions qui propose d'exclure ou de limiter l'emploi de certaines formules pour introduire des prétentions, l'arrêt semble aller à contre-courant. Cependant, sa portée limitée (**A**) laisse penser que le formalisme de la rédaction des conclusions demeure et s'intensifie, de sorte qu'il n'est pas excessif de parler d'une hyper-formalisation de la procédure civile en appel (**B**).

A. La portée limitée de l'arrêt de la Cour de cassation

13. La cohérence interne de l'arrêt. L'arrêt du 13 avril 2023 annonce-t-il le retour en grâce du « dire et juger » dans le dispositif des conclusions en appel ? La question mérite d'être posée, car certains auteurs estiment qu'avec cette décision, « la Cour de cassation limite le formalisme procédural relatif à la rédaction des conclusions »¹. Pour d'autres auteurs, notamment des praticiens, l'arrêt « met un arrêt aux pratiques des cours d'appel qui écartent systématiquement toute demande formulée dans les conclusions débutant par “constater” et “dire et juger” aux motifs qu'une telle demande ne constituerait pas une prétention »². Mais est-ce vraiment le cas ?³ Certes, le fait que l'arrêt soit rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui connaît des pourvois en matière de procédure civile⁴ permettrait de répondre par l'affirmative. De ce point de vue, l'on peut penser que l'arrêt fixe la direction que devraient désormais suivre les juges du fond – et idéalement les autres chambres de la Cour de cassation –. Mais il faut rapidement relativiser cette posture, car plusieurs éléments de forme et fond permettent de conclure à la portée limitée de l'arrêt commenté.

Sur le fond, l'arrêt vise principalement l'article 954 alinéa 3 du Code de procédure civile selon lequel la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncés au dispositif⁵. L'on serait donc tenté de penser que la Cour de cassation a fait une stricte application de la loi qui n'exige aucune forme particulière pour la présentation des prétentions. Si tel était réellement le cas, pourquoi la Cour n'a-t-elle pas fait cette précision ? En effet, en indiquant qu'il ne ressort d'aucune

¹ S. Koulocheri, « Formalisme procédural : les « dire et juger » dans le dispositif des conclusions constituent des prétentions », note sous Cass. civ. 2^e, 13 avr. 2023, n° 21-21.463.

² C. Heintz et M. Guichot-pérère, « Les “dire et juger” et “constater” peuvent bien être des prétentions », Racine avocats, flash infos, 26 avr. 2023. Dans le même sens, M. Carius, « “Dire et juger” : moyen ou prétention », JCP G, n° 23, 12 juin 2023, act. 699. Pour l'auteur, « l'arrêt du 13 avr. 2023 vient mettre un terme au débat suscité par le courant formaliste qui assimile les “dire et juger” ou “constater” à des simples moyens ».

³ V. notamment S. Sibilli, « De quoi une demande de “dire et juger” est-elle le nom ? », *AJDA*, 2023, p. 109.

⁴ N. Fricero et Th. Goujon-Bethan, *Institutions judiciaires*, 13^e éd., Paris, Guilano 2022, 176 p.

⁵ L'arrêt de de cassation indique également que la cour d'appel a violé le principe de le loyauté, sans toutefois motiver sa décision sur ce point.

disposition du Code de procédure civile que l'emploi de l'expression « dire et juger » n'introduisent pas des prétentions, la Cour de cassation aurait pu définitivement clore le débat qui a pris corps en doctrine et en jurisprudence¹. L'on peut regretter cette situation, dans la mesure où la Cour de cassation est le garant de l'application uniforme du droit. Son silence sur ce point ainsi que le caractère laconique de la motivation de sa décision permettent de considérer que la Cour de cassation n'entend pas remettre fondamentalement en cause la pratique des cours d'appel en matière de formulation des prétentions. Ainsi, la portée de l'arrêt semble se limiter à l'affaire qui nous occupe et la solution n'a pas vocation à s'imposer aux juridictions du fond. Autrement dit, les juridictions du fond pourront continuer de rejeter les demandes introduites par « dire et juger » ou « constater », sauf lorsque ces formules énoncent de véritables prétentions. La Cour de cassation, n'a jamais dit et jugé le contraire². En effet, les moyens annexés à certains arrêts permettent de conclure que la Haute juridiction n'est favorable ni à l'emploi inconséquent de ces expressions ni à leur sanctions systématiques³. La Cour de cassation avance donc à visage masqué, embrigadant les justiciables dans une incertitude. Nous y reviendrons.

Sur la forme, l'arrêt ne paye pas de mine. Il est rendu par une formation restreinte de la Cour de cassation composée de trois magistrats⁴ et chargée de trancher des questions juridiques dont la réponse paraît s'imposer d'elle-même⁵. Cela renforce le constat fait plus haut car, si l'arrêt constituait un revirement de jurisprudence ou un arrêt de principe, la formation de la Cour aurait été plus solennelle, soit idéalement une assemblée plénière⁶, soit *a minima* une réunion

¹ V. dans ce sens, S. Sibilli, « De quoi une demande de “dire et juger” est-elle le nom ? », *AJDA*, 2023, p. 109.

² La Cour de cassation n'a jamais jugé que les formules « dire et juger » ou « constater » sont inaptes à introduire des prétentions.

³ V. Cass. com., 20 janv. 2020, n° 18-16.961 ; Cass. com., 17 mai 2017, n° 16-11.162.

⁴ Ces trois magistrats sont le président de la chambre, le doyen de la chambre et le conseiller rapporteur.

⁵ La formation restreinte statue également lorsque la demande est irrecevable ou lorsque les moyens ne sont pas manifestement de nature à entraîner la cassation.

⁶ Arrêt rendu en assemblée plénière.

des différentes chambres¹. En outre, l'arrêt commenté n'est destiné à une aucune publication, ce qui démontre qu'il n'a pas un grand intérêt. *Nihil novi sub sole* ! Il faudrait donc se garder de lui donner plus de valeur qu'il ne se donne lui-même !

14. La cohérence externe de l'arrêt. Il est nécessaire de replacer l'arrêt dans le contexte plus global de l'adoption, le 30 janvier 2023, d'une Charte de présentation des écritures². Signée par les représentants des chefs de cour et de la profession d'avocat, ce texte comporte quelques indications sur le dispositif des conclusions qui doit récapituler les prétentions des parties³. Ainsi, la Charte précise que le dispositif « ne doit pas contenir des “dire et juger que” et des “constater que” ou “donner acte” hors les cas prévus par la loi ». Tout d'abord, il est frappant de constater que la Charte utilise le verbe « devoir » en la forme négative (ne doit pas), ce qui laisse penser qu'elle institue une nouvelle règle procédurale. Dès lors, l'on peut penser que l'arrêt commenté entre en contradiction avec la Charte adoptée quelque temps plus tôt et que la deuxième chambre civile est réfractaire à l'initiative engagée par la Cour de cassation. Or, il n'en est rien, car la Charte n'est pas contraignante et ne s'impose pas aux juridictions. Elle vise simplement « à faciliter les échanges entre les avocats et les juridictions, à favoriser « une meilleure visibilité des écritures par l'avocat de la partie adverse et les justiciables représentés ou assistés », tout ceci afin de « permettre un débat contradictoire de qualité ». Le caractère non contraignant de la Charte se traduit par l'absence de sanction attachée aux différentes interdictions⁴. Flexible, la Charte a été conçue pour être adaptée localement à travers de conventions ou protocoles signés entre les barreaux et les juridictions,

¹ Arrêt rendu en chambre mixtes.

² Pour une présentation générale, lire J. Jourdan-Marques, « La nouvelle Charte de présentation des écritures : attention danger ! », *Actu-Juridique*, 02 févr. 2022, AJU348303.

³ La Charte indique que le dispositif n'est pas un résumé ou une synthèse des moyens lesquels ne doivent pas figurer dans le dispositif.

⁴ Il est important de noter que le texte relève, au titre de préconisations, des règles pourtant sanctionnées par le Code de procédure civile. Sur la question, M. Barba, « Charte de présentation des écritures. Entre droit extra-mou et droit extra-flou », *Dalloz actualité*, 02 févr. 2023

de sorte qu'elle serve d'outil de sensibilisation aux bonnes pratiques¹. Plus globalement, force est de constater que le texte « fait emploi indifférencié du même vocable (doit/ne doit pas), à charge pour les praticiens de faire le tri »². Elle est également ambiguë pour être utile car, selon un auteur, « les trames proposées contiennent non seulement une fausse prétention (“Déclarer recevable et bienfondé X en son appel incident de la décision rendue le...par la juridiction de ...”), mais également un “juger que” (“JUGER que le droit de visite du père s'exercera librement et à défaut de meilleur accord : etc.”) »³.

En outre, la Charte ambitionne de servir de guide de bonnes pratiques à la disposition des juridictions et des barreaux qui souhaiteraient, localement, signer une convention ou un protocole⁴ sur cette question. Dès lors, loin de s'opposer frontalement à cette ambition, l'arrêt du 13 avril 2023 complète la Charte. En effet, il apporte une précision qui permet de parvenir à la conclusion amorcée plus haut et que nous pouvons formuler, avec un haut degré de généralité, en ces termes : « le dispositif des conclusions ne doit pas contenir des “dire et juger que” et des “constater que” ou “donner acte” hors les cas prévus par la loi. Néanmoins, lorsque ces formules introductives sont suivies de véritables prétentions, elles saisissent le juge qui a l'obligation de les examiner ». Enfin, la Charte ne s'intéresse qu'aux « dire et juger » dans les conclusions d'avocats. Elle n'envisage pas l'hypothèse des dispositifs de certaines décisions de justice qui contiennent des « dit que »⁵ ou « constate que » dont on pourrait également douter du caractère décisoire. Or, ces expressions peuvent poser des difficultés au moment de l'exécution de la décision. Tout cela amène à se demander si le

¹ Pour une présentation générale, v. La rédaction, « Procédure civile : avocats et magistrats signent une charte de présentation des écritures », *G.*, *Actu pro*, 31 janv. 2023.

² M. Barba, « Charte de présentation des écritures. Entre droit extra-mou et droit extra-flou », *Dalloz actualité*, 02 févr. 2023.

³ J. Jourdan-Marques, « La nouvelle Charte de présentation des écritures : attention danger ! », *Actu-Juridique*, 02 févr. 2022, AJU348303.

⁴ Sur la valeur des protocoles, v. C. Bléry, « Les protocoles de procédure n'engagent que ceux qui les respectent », *Dalloz actualité*, 7 nov. 2017.

⁵ CA Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 15 juin 2022, RG n° 22/02308 ; CA Paris, Pôle 5 - Chambre 5, 8 sept. 2022, 20/14000 ; CA Paris, Pôle 1, chambre 5, 19 déc. 2013, RG n° 13/23969.

débat jurisprudentiel autour des « dire et juger » et « constater » n'est pas un faux problème.

15. « Dire et juger », « constater » ... un faux problème ? Comme nous l'avons relevé plus haut, le législateur ne s'est pas réellement préoccupé de l'employabilité ou non des formules jugées problématiques par les magistrats. Peut-être que cette question n'a pas d'importance. Plus sérieusement, le législateur semble avoir laissé aux avocats la liberté du style de rédaction de leurs écritures¹, sous réserve du respect des règles de leur structuration. Nous y reviendrons. Cela signifie que la plume de l'avocat est libre, pourvu qu'elle soit efficace. En réalité, au sujet des formules introductives des prétentions, tout est fonction de ce que l'on demande au juge. Pour un auteur, « l'office juridictionnel du juge est naturellement compatible avec une demande tendant à "juger" un point de droit mais également à tirer les conséquences juridiques d'un "constat" »². En revanche, selon le même auteur, « l'adage *da mihi factum tibi dabo jus* fait obstacle à ce qu'un "donner acte" bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Cela résulte de l'absence de *jurisdictio*, aucun litige n'étant tranché »³. Ainsi, le choix des formules introductives des prétentions est fonction de l'objet de la demande. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, le législateur prévoit expressément la possibilité d'utiliser ces formules dans certains cas⁴. En somme, la problématique des formules introductives des prétentions présente un intérêt limité. Certes, l'exclusion de certaines formules permettrait une meilleure intelligibilité des conclusions qui sont souvent inutilement chargées. En revanche, leur interdiction

¹ À rapprocher de F. Saint-Pierre, « La liberté de parole et d'argumentation de l'avocat », Lexbase, La lettre juridique n° 793, 24 oct. 2019.

² Cependant, en ce qui concerne le « constater que », la jurisprudence pénale interdit par exemple au juge de constater dans sa décision des faits dont il n'a pas vérifié lui-même la matérialité Cass. crim., 22 nov. 1989, n° 89-83.200.

³ M. Carius, « "Dire et juger" : moyen ou prétention », JCP G, n° 23, 12 juin 2023, act. 699. Mais cela n'est pas toujours le cas, C. Lhermitte, obs. ss Cass. 2e civ., 30 sept. 2021, n° 19-12.244 : JurisData n° 2021- 015152 ; JCP G 2021, act. 1086, obs. H. Herman ; Dalloz actualité, 21 oct. 2021 ; A. Hinoux et N. Gruau, « Le casse-tête de la rédaction des conclusions en appel », JCP G 2021, 1281.

⁴ Pour quelques exemples du « constater », v. articles 129-1 du CPC, 384, 388, 407 du CPC. Pour l'emploi du « dire », v. article 700 du CPC. Pour le « donner acte », v. articles 297, 301, 315 du CPC.

sous peine de sanction prononcée systématiquement rajoute à la complexité de la procédure en général, et rend compte de l'hyper-formalisation de la procédure civile d'appel en particulier.

B. L'hyper-formalisation de la procédure civile en appel

16. Le formalisme comme réponse à la crise de la justice ? Les États généraux de la justice ont pu révéler à quel point l'institution judiciaire ne parvient plus à remplir sereinement sa mission et, de ce fait, ne répond plus aux attentes des justiciables¹. La justice civile en particulier connaît un grand déclin, alors qu'elle est la plus sollicitée par les justiciables². Au niveau de la procédure d'appel, cette « crise »³ peut découler du volume des affaires nouvelles qui s'inscrit en légère augmentation⁴ et des délais de jugement qui ne cessent de s'allonger au cours des deux dernières décennies⁵. Certes l'état de la justice civile est plus préoccupant aujourd'hui, mais les signes précurseurs de la crise sont lointains. En effet, « sous l'effet de la massification des contentieux au tournant des années 1980, le traitement d'une instance civile, autrefois appréhendé par le juge comme "l'affaire d'une vie d'un justiciable", est devenu celui d'un flux, puis d'un stock »⁶. À cela s'ajoute le constat selon lequel « les conclusions en demande ont presque doublé de volume en quinze ou vingt ans, celles des défendeurs ont augmenté de plus des deux tiers »⁷. Face à cette situation, le législateur a renforcé le formalisme de la procédure civile en instaurant des obligations

¹ Sur la question, v. H. Piquet, « Les mots et les maux des réformes de la justice civile », *Les cahiers de droit*, vol. 63, n° 1, mars 2022, p. 237-269.

² La justice civile représente près de 60% de l'activité judiciaire.

³ A. Garapon, « Les trois crises de la justice », *Esprit*, 2011/4-3, p. 246-248.

⁴ En 2005, le nombre d'affaires était de 219 494. En 2019, il est de 227 325.

⁵ Rapport du comité des États généraux de la justice - (Oct. 2021- avr. 2022), p. 18 : « En matière civile, ces délais s'établissaient ainsi en 2019 à 13,9 mois en première instance et à 15,8 mois en appel, tandis que les conseils des prud'hommes statuent en plus de 16 mois ». Dans le même sens, L. Cadet, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les cahiers de la justice*, n° 1, 2010/1, pp. 13-33.

⁶ Rapport du comité des États généraux de la justice - (Oct. 2021- avr. 2022).

⁷ IGSJ, Rapport « Mission d'appui aux chefs de cour et à la DSJ visant au diagnostic de l'état des stocks », nov. 2021.

formelles relatives à la rédaction des écritures en appel. La structuration des conclusions d'appel imposée par l'article 954 du Code de procédure civile participe de ce mouvement de renforcement des charges procédurales des parties. Ces exigences sont accompagnées des sanctions sévères qui émaillent le déroulement de l'instance d'appel¹. Cette situation entraîne une hyperformalisation de la procédure civile qui se traduit, dans la pratique, par une spécialisation des avocats en procédure d'appel².

À ces règles procédurales prévues par le législateur, vient s'ajouter désormais un formalisme d'origine prétorienne tendant à l'exclusion de certaines formules introduisant les prétentions. Cette nouvelle tendance rappelle l'époque des *legis actiones*³ dans la Rome archaïque⁴ où les parties devaient prononcer des paroles solennelles exactement calquées sur les termes de la loi ou accomplir des gestes particuliers, sous peine de nullité. En effet, sous le prétexte de simplifier la rédaction des conclusions, les magistrats compliquent la tâche des avocats et augmentent leur taux de sinistralité⁵. Cette « entropie de la procédure civile (...) prêterait presque à sourire si elle n'était pas la manifestation du déclin d'un système judiciaire qui peine à assumer les carences structurelles dont il est victime depuis de nombreuses années »⁶. Pour pallier ces carences, le ministère

¹ Fr. Ancel, « Sanctions de la déclaration d'appel », GPL, n° 25, 26 juill. 2022, p. 59, GPL438y5 ; N. Fricero, « Les nouvelles sanctions du défaut de diligence des avocats en appel », LexisNexis Jurisclasseur, oct. 2013, p. 18-23.

² En dehors de liste des 28 mentions de spécialité publiée par le garde des Sceaux le 28 déc. 2011, le Conseil National des Barreaux a prévu une mention pour les spécialistes de la procédure d'appel, réservé aux anciens avoués et anciens collaborateurs d'avoués.

³ Ce qui signifie littéralement, procédure des « actions de la loi ». Sur la question, v. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du Droit civil*, 2^e éd., 2010, spéc. n° 14 ; Y. Strickler et S. Amrani-Mekki, *Procédure civile*, Paris, PUF, 2014, spéc. p. 5.

⁴ H. Inglebert, *Histoire de la civilisation romaine*, Paris, PUF, 2005, pp. 113-154.

⁵ Sur la responsabilité civile professionnelle des avocats, v. L. Garnerie, « Procédure d'appel : enfin le grand soir ? », GPL, 8 nov. 2022, n° GPL442e5, p. 3 : « en 2018, un quart des sinistres déclarés à la Société de courtage des barreaux était dû à une erreur de procédure en appel contre 6,6 % en 2014 ».

⁶ F. Seba, « Conclusions devant la cour d'appel, à fond la forme ! », La lettre juridique, n°939, 23 mars 2023

de la justice a engagé la politique de l'amiable¹ et lancé le chantier de l'amélioration de la qualité des écritures des avocats.

17. Le projet ministériel relatif aux écritures. La structuration des écritures est au centre des réflexions menées au sein des différentes corporations judiciaires, car elle « améliore le respect du contradictoire et la clarté des débats ; en effet, mieux présentées et plus synthétiques les écritures permettent aux avocats des parties d'apporter une réponse plus claire à des moyens mieux identifiés. Cette structuration des écritures conduit, par voie de conséquence, à un gain de temps pour le juge qui appréhendera plus facilement les faits sur lesquels les parties s'accordent et les moyens au soutien de leurs prétentions »². C'est ainsi que le 5 janvier 2023, le ministre de la Justice a présenté le plan d'action issu des États généraux de la Justice. Dans un souci de simplification de la procédure civile, il envisage desserrer les délais de procédure prévus par les décrets Magendie³, dont la brièveté et la rigidité pénalisent les avocats et les justiciables. En contrepartie, il faut travailler à une « meilleure structuration des écritures, notamment par une synthèse des moyens de droit en fin de conclusions »⁴. Ce projet porté par la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACS) du ministère de la Justice tend à l'introduction, à l'article 768 du Code de procédure civile, de l'obligation de rédiger une synthèse des moyens avant le dispositif récapitulant les prétentions⁵. Cette synthèse ne pourrait excéder 10% des écritures, dans la

¹ La politique de l'amiable a été lancée le 23 janvier 2023, v. site du ministère de la Justice. V. également Rapport du Comité des États généraux de la justice (oct. 2021-avr. 2022), *Rendre la justice aux citoyens*, avr. 2022, p. 31 : « les déjudiciarisation ou la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, loin de décharger la justice pour lui permettre de se concentrer sur ses missions essentielles, n'ont pas été perçues par les acteurs des procédures judiciaires comme les renouvellements annoncés ».

² Conseil national des barreaux, *Rapport sur les propositions de la DACS sur la structuration des écritures et la présentation des pièces*, Assemblée générale du 17 sept. 2021, p. 6.

³ Sur les délais de procédure, v. P.-C. KAMGAING, *Les délais de procédure. Essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, 2022.

⁴ Déclaration de M. Éric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur le Plan d'action issu des États généraux de la Justice, à Paris le 5 janv. 2023.

⁵ En effet, la longueur des conclusions auraient une « incidence directe sur le temps de travail du juge qui les examine : plus les conclusions sont longues, plus le temps de lecture, d'appropriation du contenu pour identifier les moyens pertinents et de synthèse pour la rédaction de la décision

limite de 1000 mots, soit sensiblement deux pages. À défaut de récapituler les moyens développés dans la synthèse, le tribunal ne serait pas saisi et ferait donc l'économie de tout débat au fond. Cette vision essentiellement méthodologique et comptable des écritures des avocats a été fermement dénoncée par le Conseil national des Barreaux¹. Ainsi, en signant la charte de présentation des écritures, qui préconise l'exclusion de certaines formules en vue d'une meilleure présentation des écritures², « les représentants de la profession d'avocat espèrent contrer la menace de se voir imposer des normes contraignantes par l'exécutif »³. Or, comme nous l'avons démontré, il ne faut pas beaucoup attendre de cette charte. En effet, au regard de l'arrêt commenté, la volonté des praticiens d'auto-réguler la rédaction des écritures semble vouer à l'échec, ce qui aurait pour conséquence de relancer le projet ministériel mis en veilleuse.

Désormais, toute la question est de savoir si ce projet puisera certains éléments dans la charte de présentation des écritures et aboutira à la consécration, dans le Code de procédure civile, de l'interdiction de l'emploi des formules « dire et juger », « constater » hors les cas prévus par la législateur. Cela est difficilement envisageable, car ce serait rajouter à la complexité de la procédure d'appel. En effet, « beaucoup de réformes tentées ont contribué à brouiller la mission de la justice »⁴. Le procès, engagé en vue de la reconnaissance d'un droit subjectif, se mue progressivement en contentieux de l'application des règles de procédure. Autrement dit, le débat judiciaire porte davantage sur le respect du formalisme procédural que sur le bien-fondé des prétentions des parties. La forme semble donc l'emporter sur le fond, ce qui entraîne parfois un rallongement de la durée

est important », rapport remis au Garde des Sceaux en avril 2021 par le groupe de travail chargé de proposer des mesures visant à la résorption des stocks.

¹ Conseil national des Barreaux, *Rapport sur les propositions de la DACS sur la structuration des écritures et la présentation des pièces*, Assemblée générale du 17 sept. 2021, p. 7 et s.

² Le projet de la charte avait été approuvé par l'assemblée générale du Conseil national des barreaux le 14 oct. 2022.

³ L. Garnerie, « Procédure d'appel : enfin le grand soir ? », GPL, 8 nov. 2022, n° GPL442e5, p. 3 ; « Célérité de la justice, le retour », GPL, 21 sept. 2021, n° 426n8, p. 9.

⁴ Rapport du Comité des États généraux de la justice (oct. 2021-avr. 2022), *Rendre la justice aux citoyens*, avr. 2022.

des procédures¹. Ainsi, au lieu d'imposer de nouvelles charges en matière de rédaction des écritures, il faudrait plutôt encourager le dialogue et la collaboration entre magistrats et avocats, dans le seul intérêt des justiciables. En vérité, à l'ère des droits fondamentaux, il serait aberrant qu'une instance se solde précocement à cause de l'utilisation ou de l'omission d'une formule introductive des prétentions ou encore de la mauvaise rédaction de la synthèse de moyens. En somme, l'humanisme processuel (prise en compte des droits fondamentaux par le juge) devrait prévaloir sur le légalisme procédural (application très stricte des règles de procédure)².

18. Pour ne pas dire et juger : un petit conseil... Au regard de tout ce qui précède, force est de constater qu'« en filigrane des incitations rédactionnelles concernant la narration des faits du litige, se développe une jurisprudence de plus en plus exigeante quant à la structuration des moyens et des prétentions, imposant aux parties à la fois une organisation et une structure impérative qui conditionne le succès de l'action ou en cas d'irrespect conduit à son échec »³. Dès lors, l'on ne peut qu'inviter les magistrats et les avocats à la vigilance, car il faut éviter les solutions extrêmes. Pour les premiers, il faut renoncer à la tentation de toujours considérer que certaines formules ne peuvent valablement introduire des prétentions. S'il est souhaitable que les conclusions et les jugements soient rédigés « en miroir »⁴, il ne faudrait pas en faire une règle, car celle-ci ne découlerait d'aucune norme juridique. Il en va de même de la structuration des écritures qui, si elle a pour but de faire apparaître de manière claire et visible les différents éléments de la conclusions, ne devrait pas justifier que le juge impose

¹ A. Defrance, *La place du formalisme dans la procédure en justice*, mémoire de master, Université de Louvain, 2018, 80 p.

² Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010.

³ F. Loyseau De Grandmaison, « La structuration des écritures : un nouveau paradigme de la procédure civile entre incitations et obligations », GPL 28 févr. 2023, n° GPL446o0, n°07 - page 15.

⁴ K. Leclere-Vue, « La modélisation des conclusions civiles en droit positif : quand le fond remonte à la surface », *Procédures*, 2022, étude 3.

certaines expressions¹. Quant aux seconds, c'est-à-dire les avocats, ils devraient éviter de prendre trop de liberté avec la rédaction du dispositif des conclusions. Certes, « les prétentions peuvent être rédigées de manière complexe, "sinueuse" voire par prétérition »², mais avec le risque de dénaturer les prétentions et les priver d'efficacité. Nicolas Boileau ne disait-il pas que « ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément »³. Il serait donc judicieux de privilégier un style de rédaction simple et direct suivant la structure naturelle de la langue française (sujet + verbe + complément). À titre illustratif, l'avocat peut demander au juge de « Condamner M. X au paiement de la somme de Y euros » ou encore « Dire et juger que l'appel de Mme Y. est irrecevable pour défaut de qualité d'agir ». En définitive, ce n'est pas tant le « dire et juger » qui pose un problème, mais ce qu'on y met !

¹ Dans une affaire, la Cour de cassation a sanctionné les juges qui exigeaient la mention d'un paragraphe dénommé « Discussion » dans les conclusions, Cass. civ. 2^e, 8 sept. 2022, n° 21-12.736, JCP G, 2022, p. 1139, note N. Gerbay.

² M. Carius, « "Dire et juger" : moyen ou prétention », JCP G, n° 23, 12 juin 2023, act. 699.

³ N. Boileau, *Art Poétique*, 1874, Chant I, v. 147-207. V. aussi Fr. Nietzsche, *Le Gai savoir*, 1882 : « Celui qui se sait profond s'efforce d'être clair ; celui qui voudrait sembler profond à la foule s'efforce d'être obscur ».

Les déambulations d'un juriste de droit contemporain dans l'œuvre de Jules Verne

Laure Merland - Maître de conférences HDR - Membre du Centre de droit
économique, UR 4224 - Aix-Marseille Université

Genèse. Mon maître en droit, Monsieur le Doyen Jacques Mestre, me confia que je pourrais peut-être rencontrer du droit en déambulant dans l'œuvre de Jules Verne. Cette idée m'enthousiasma aussitôt, moi qui étais à la recherche d'un auteur captivant qui aurait cousu ses histoires de droit sans le savoir.

Et je m'aperçus bien vite en feuilletant chez le libraire les œuvres de Jules Verne que la tâche serait aussi passionnante qu'immense, l'auteur étant prolix. Je décidai cependant de commencer en douceur avec une œuvre de jeunesse : « *Un hivernage dans les glaces* », éditée dans le *Musée des familles* en mars et avril 1855, reprise aux éditions Hetzel, avec un texte différent, puis à me pencher sur des œuvres fort connues, comme *De la terre à la lune*, *Vingt mille lieues sous les mers*, *De la terre à la lune* et *les Tribulations d'un chinois en Chine*.

Prolégomènes. Intéressons-nous à la vie juridique de Jules Verne, à ses rapports avec le droit. Pour les juristes qui ne connaissent pas la biographie de Verne, les surprises à venir seront bonnes. Rassurez-vous.

Concernant son état civil, Jules Verne est né le 8 février 1828 à Nantes et mort le 24 mars 1905 à Amiens.

Il est le fils de Pierre Verne, avoué, originaire de Provins, et de Sophie Allotte de La Fuÿe, issue d'une famille nantaise de navigateurs et d'armateurs, d'ascendance écossaise. Jules est l'aîné d'une fratrie de cinq enfants, comprenant son frère Paul (1829-1897), qui sera marin, mais aussi écrivain, et trois sœurs, Anne dite Anna (épouse du Crest de Villeneuve), née en 1836, Mathilde (épouse Fleury), née en 1839, et Marie (épouse Guillon, mère de Claude Guillon-Verne), née en 1842. Jules Verne s'éteint le 24 mars 1905 à Amiens, dans sa maison du 44 boulevard Longueville (aujourd'hui boulevard Jules Verne).

Concernant son mariage, Grand amoureux, il collectionna les échecs : pas de fiançailles, pas de mariage, pour longtemps selon son immense sentiment

d'impatience, que l'on retrouve dans ses lettres à sa mère qu'il sommait de lui trouver une épouse. Sans doute est-ce pour cela que l'on trouvera dans son œuvre un nombre important de jeunes filles mariées contre leur gré. Honorine du Fraysne de Viane (1830-1910) séduit assez vite Jules Verne. Dans une lettre à sa mère, il lui fait remarquer : « Je crois bien que je suis amoureux de la jeune veuve de vingt-six ans ! Ah ! pourquoi a-t-elle deux enfants ! Je n'ai pas de chance ! » Il sait qu'il lui faut de l'argent et une situation stable pour se marier et supplie donc son père de la lui trouver. Pierre Verne finit par céder. Jules se retrouve remisier chez l'agent suisse Fernand Eggly. Aimée De Viane, le futur marié ne veut personne de la famille à son mariage. »

Le 8 janvier, est signé à Essome, chez Auguste Lelarge, notaire, le contrat de mariage. Le mariage a lieu le 10 janvier 1857.

Jules Verne aurait eu des maîtresses, selon la rumeur...

L'écrivain devient père d'un garçon, Michel, le 4 août.

Concernant ses diplômes, Le 3 août, Jules Verne passe avec succès son examen d'entrée en deuxième année de droit. À l'hiver 1851, pressé par son père de devenir avocat, il s'inscrit au barreau de Paris et doit entrer chez le jurisconsulte Paul Championnière, ami de Pierre Verne. Mais, le 6 avril 1851, alors que Jules Verne n'est pas encore entré à son service, Paul Championnière meurt. En janvier 1852, il prend sa décision et refuse la charge d'avoué que son père lui propose. « *Je me bornerai à voir si je ferais bien de prendre ta charge, au point de vue moral et matériel. [...] D'un autre côté, je commence à bien me connaître ; ces coups de tête contre lesquels tu cherches à me prémunir, je les ferais, tôt ou tard* » Verne n'exercera ainsi jamais. Il continue son métier à la Bourse pendant un certain temps mais quittera celui-ci lorsqu'il connaîtra un succès planétaire pour ses œuvres.

Concernant sa carrière d'auteur, elle est pour le moins très riche. Pendant ses études, il écrit des pièces qui resteront jusqu'en 1991 avant d'être publiées, pour

certaines, de manières confidentielles dans les trois volumes des *Manuscrits nantais* et connaîtront une publication *grand public* en 2006 aux Éditions du Cherche-Midi sous le titre *Jules Verne : Théâtre inédit*.

Il entre en contact avec Alexandre Dumas. Il se lie d'amitié avec le fils de l'écrivain et lui propose le manuscrit d'une comédie intitulée *Les Pailles rompues*. Les deux hommes corrigent la pièce et Dumas fils obtient de son père qu'elle soit jouée au Théâtre-Historique. Nous sommes le 13 juin 1850, Jules Verne a vingt-deux ans. En 1851, il rencontre Pierre-Michel-François Chevalier dit Pitre-Chevalier (1812-1863) qui est directeur et rédacteur en chef de la revue *Musée des familles*. Verne lui soumet une nouvelle, *Les Premiers Navires de la marine mexicaine* qui paraît dans la revue de Pitre-Chevalier en juillet 1851 et qui sera repris, mais remanié, en 1876 chez Hetzel à la suite de *Michel Strogoff* sous le titre *Un drame au Mexique*.

La même année Pitre-Chevalier accepte une deuxième nouvelle, *Un voyage en ballon*, qui, en 1874, prendra comme titre *Un drame dans les airs*, chez Hetzel. En 1865, il devient membre de la Société de géographie. Il publie dans le *Bulletin de la Société* divers textes dont *Histoire de la guerre civile américaine (1861-1865)* (1868), un rapport sur l'ouvrage de Louis Cortambert et F. de Tranaltos ou *Les Méridiens et le calendrier* (janvier-juin 1873).

En août 1865 il est en pleine rédaction de sa *Géographie illustrée de la France et de ses colonies* ainsi que de *Vingt Mille Lieues sous les mers*.

Le 8 mars 1868, il fonde avec Victor Massé, Léo Delibes, Auguste Lelarge, Fournier-Sarlovèze, Bazille, Bertall, Charles Béchenel et Aristide Hignard le Club des « Onze-sans-femmes », pour un dîner hebdomadaire.

Il se rend aux obsèques de son père puis regagne Amiens et se plonge dans l'écriture du *Tour du monde en 80 jours*. Il fréquente la bibliothèque de la Société industrielle où il peut se documenter grâce à son important fonds de revues scientifiques et le 8 mars 1872, devient membre titulaire de l'Académie des sciences, des lettres et des arts d'Amiens, « à l'unanimité des suffrages ».

Contrairement à l'usage, il ne fait alors pas un discours de réception mais lit un passage de son futur roman à paraître *Le Tour du monde en 80 jours*.

En juin 1867, l'Académie française couronne le *Magasin d'Éducation et de Récréation* (Jules Verne, P.-J. Stahl, Jean Macé) par le Prix Montyon. Il recevra le même prix, à titre individuel, en 1872 pour l'ensemble *Cinq Semaines en ballon, Voyage au centre de la Terre, Vingt Mille Lieues sous les mers, De la Terre à la Lune et Autour de la Lune* et lors de la séance de l'Académie française du 8 août 1872, ce sont tous les ouvrages de Jules Verne dans leur ensemble parus chez Hetzel en dehors du *Magasin d'Éducation* qui sont couronnés.

En effet, à cette date, alors qu'il rentre du Cercle de l'Union vers cinq heures, il trouve, après avoir ouvert sa porte de fer, son neveu Gaston armé d'un revolver. Celui-ci tire sur l'écrivain qu'il atteint à la jambe. Gaston, arrêté, est suspecté de folie. Son père, Paul Verne, déclarera que son fils a tiré sur Jules Verne pour attirer l'attention sur celui-ci afin de le faire entrer à l'Académie française. Gaston Verne restera interné jusqu'à sa mort.

Chevalier de la Légion d'honneur depuis le 9 août 1870, Jules Verne est promu au grade d'officier le 19 juillet 1892, non pas pour ses qualités d'écrivain, mais pour son dévouement de conseiller municipal. Il est décoré le 11 octobre suivant par le préfet de la Somme.

Sept romans de Jules Verne et un recueil de nouvelles paraîtront après sa mort, publiés par son fils Michel Verne, qui prendra la responsabilité de remanier les manuscrits. En 1907, un huitième roman, *L'Agence Thompson and Co.*, sera entièrement écrit par Michel, mais paraîtra sous le nom de Jules Verne.

Deux musées lui sont consacrés, la Maison de Jules Verne à Amiens et le Musée Jules-Verne à Nantes.

Concernant ses idées politiques. Cet antimilitariste sera entaché par des idées moins tranchées après la guerre de 1870 et les événements de la Commune, surtout au moment de l'affaire Dreyfus. Quelques héros dans ses oeuvres seront des militaires. Ainsi dans ses oeuvres (1896) incarne-t-il l'état d'esprit militariste et revanchard en France, juste avant que n'éclate l'Affaire Dreyfus, et *L'Invasion*

de la mer (1905) montrera un Jules Verne, à la fin de sa vie, militariste, colonialiste et impérialiste.

Le 6 mai 1888, Jules Verne est élu au conseil municipal d'Amiens sur la liste républicaine (gauche modérée) conduite par Frédéric Petit²⁷³. Il écrit à son ami Charles Wallut : « Mon unique intention est de me rendre utile et de faire aboutir certaines réformes urbaines. »²⁷⁴. Il y siègera jusqu'en 1904 et s'y occupera essentiellement des commissions concernant l'instruction, le musée, le théâtre, la culture en général et l'urbanisme. En 1890, il devient un membre très actif de l'Alliance française.

Jules Verne n'était en aucun cas un républicain de grande conviction ; il est toute sa vie resté monarchiste, mais de tendance orléaniste.

Concernant sa santé, Jules Verne souffre très jeune et pendant longtemps de maux de ventre ; d'une précoce boulimie, sans doute pathologique. En 1851, il connaît sa première crise de paralysie faciale. Le médiocre chauffage du logement de l'étudiant explique la fréquence de ses refroidissements. Les causes de cette infirmité restent ignorées de l'écrivain ; « il vit dans la permanente inquiétude d'un dérèglement nerveux, aboutissant à la folie. ».

Il est l'heure de déambuler dans cette œuvre de Jules Verne : « *Un hivernage dans les glaces* », comme promis...

Livre 1^{er}. Un hivernage dans les glaces

L'importance du mariage. Dès le début de l'œuvre, Jean Cornbutte, trouble le culte dominical à Dunkerque en annonçant à l'assemblée le retour de son fils marin pour que le vicaire le marie à sa promise. Son fils Louis et sa nièce Marie. Les bans ont déjà été publiés. Et toute la joyeuse troupe de se rendre au port où Louis devait accoster. Mais une fois arrivé, le fils n'était pas là. La future mariée s'évanouit dans les bras du vieux Cornbutte, complètement accablé par cette

disparition. Il faut attendre la fin de l'histoire pour que le vicaire célèbre le mariage de Louis et de Marie. Une fin heureuse pour une histoire tragique.

Les raisons de l'absence de Louis étaient consignées dans le journal de bord. Pris dans un Maelström le 26 avril, Louis disparut en voulant sauver une goélette qui envoyait des signaux de détresse en s'embarquant sur une chaloupe. Jean Cornbutte forma le projet de le retrouver. L'équipage de la triste épopée le suivit. Le plan était tracé : retourner sur les lieux de la disparition du marin Louis.

Un passager clandestin. Marie embarqua elle aussi sur le navire, à l'insu de son oncle. Selon l'agence onusienne en charge de promouvoir la sécurité des navires (Organisation maritime internationale - OMI), la catégorie « *passager clandestin* » recouvre toute personne cachée sur un bateau sans le consentement du propriétaire ou du capitaine de l'embarcation et qui est découverte une fois que le navire a quitté le port). Or, le capitaine étant ici l'oncle de Marie, il la compta parmi l'équipage. Mais aujourd'hui il risquerait les foudres de **l'article L5523-6, Modifié par loi n°2023-659 du 26 juillet 2023 - art. 3 (V), du Code des transports qui dispose que : « Est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende :**

1° *Le fait, pour l'armateur ou le capitaine, d'admettre à bord un membre de l'équipage ne disposant pas d'un certificat d'aptitude médicale valide délivré dans les conditions de l'article L. 5521-1 ou dans les conditions prévues à l'article L. 5521-1-1 lorsque le certificat d'aptitude médicale est établi à l'étranger ;*

2° *Le fait, pour l'armateur ou le capitaine, d'admettre à bord tous gens de mer autres que des membres de l'équipage ne disposant pas d'un certificat d'aptitude médicale valide délivré dans les conditions du II de l'article L. 5549-1 ou dans les conditions prévues à l'article L. 5521-1-1 lorsque le certificat d'aptitude médicale est établi à l'étranger ;*

3° *Le fait, pour l'armateur ou le capitaine, d'admettre à bord un membre de l'équipage ne disposant pas de titres de formation correspondant aux fonctions qu'il est amené à exercer à bord du navire conformes aux exigences de l'article L. 5521-2 ;*

4° Le fait, pour l'armateur ou le capitaine, d'admettre à bord tous gens de mer autres que des membres de l'équipage ne justifiant pas des exigences de formation minimale mentionnée au III de l'article L. 5549-1 ».

Une enquête pour retrouver Louis. Ceci n'est pas à proprement parler du droit, sauf à considérer qu'il existe un droit à chercher un disparu. Ce qui est le cas. C'est donc de manière licite que Jean dirigea ses recherches. Il se dirigea vers le port de Bodo où les autorités remirent à Jean une bouteille jetée à la mer qui contenait un document attestant que Luis et les deux marins qui l'accompagnaient étaient entraînés par les courants vers les glaces. « *La chaloupe fut aussitôt mise en état d'affronter les périls des mers polaires* ». Après s'être équipés pour affronter des plaines de glaces, les recherches en mer se poursuivirent, avec un climat favorable. Pourtant, la navigation était particulièrement périlleuse dans ce milieu où les blocs de glace pouvaient s'abattre à tout moment sur la chaloupe. Mais nos marins étaient pour le moins chanceux.

Droit des affaires. L'échange. Dans leur périple, l'équipe du capitaine Jean Cornbutte, croisa des Groelandais. Ils procédèrent à un échange : morceaux de fer et de cuivre, contre « *fouurrure d'ours, des peaux de veaux marins, de chiens marins de loups de mer et de tous ces animaux généralement compris sous le nom de phoques* ». En droit positif français, l'échange est, en vertu de l'article 1702 du Code civil, « *un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ». Dans le récit, il est dit que Jean Cornbutte a eu ses affaires à très bon compte. La rescision du contrat pourrait-elle être demandée. Une réponse négative s'impose car en vertu de l'article 1706 : « *La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange* ».

Une trahison. Il obtint aussi des informations sur son bateau trois mois plus tôt vu en difficulté prendre la direction du nord, ce qui rendit du baume au cœur à l'équipage. L'hiver arrivant, après moultes péripéties, ils arrivèrent sur un coin de terre qui allait les protéger de l'hiver polaire. Jean Cornbutte profita de cette

longue halte pour dresser les plans qui lui permettraient de retrouver son fils. L'équipage se retrouva donc sur la terre ferme et enneigée, munie d'un traîneau. Il construisit une maison de neige, qui se transforma en prison de glace. Le traîneau disparut. Heureusement, à quelques lieux, ils virent un feu. Et retrouvèrent l'un de leurs naufragés, Cortois. Mais il était mort de froid ! Marchant encore, ils aperçurent une fumée qui sortait d'une hutte. Pierre Nouquet, qu'ils croyaient mort, était là, bien vivant. Suivi la découverte de Pierre Corbutte, presque mourant, sortant de la hutte en se traînant sur la glace. Tout le monde était en joie. Mais Pierre Corbutte se sentait mourir. Tous lui tendirent la main, à l'exception d'André Vasling.

André Vasling faisait la cour à Marie, une cour de plus en plus insistante, qui lui valut l'antipathie de Penellan, l'un des fidèles matelots, puis de Jean Combutte lui-même, complètement découragé. De plus, il faisait en sorte de décourager l'équipage des plans du capitaine à chaque étape de l'épopée. Mais il n'y parvint pas. Et alors que Pierre Corbutte était entrain de mourir, il ne ressentait que haine, et fut le seul à ne pas lui tendre la main. Par la suite, il fit bloc avec deux Norvégiens repêchés par Louis, ainsi qu'avec un matelot dénommé Aupic. Lui et ses acolytes contestaient sans cesse les décisions prises par Louis, à nouveau capitaine du bateau. Juridiquement, l'on pourrait parler de rébellion en mer, de mutinerie. **L'article L5531-1, modifié par la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 - art. 144 du Code des transports dispose que : « Le capitaine a sur toutes les personnes, de quelque nationalité qu'elles soient, présentes à bord pour quelque cause que ce soit, l'autorité que justifient le maintien de l'ordre, la sûreté et la sécurité du navire et des personnes embarquées, la sécurité de la cargaison et la bonne exécution de l'expédition entreprise. L'armateur fournit au capitaine les moyens nécessaires à l'exercice de cette autorité et n'entrave pas les décisions qui en relèvent ».**

Vasling et ses comparses jouent gros, en contestant les ordres, en volant les citrons si nécessaires contre le scorbut et en se battant contre les membres de l'autorité : **l'article L5531-6 dispose que : « Est puni de dix ans**

d'emprisonnement le fait pour des personnes embarquées autres que des officiers ou des maîtres de se livrer collectivement, armés ou non, à des violences à bord en vue de se soulever contre l'autorité du capitaine et de refuser après sommation de rentrer dans l'ordre... Les personnes embarquées autres que les membres de l'équipage sont punies comme les officiers ou maîtres, si elles ont été les instigatrices du soulèvement. Dans les cas prévus ci-dessus, la résistance du capitaine et des personnes qui lui sont restées fidèles est considérée comme un acte de légitime défense ». Enfin, Jean Cornbutte mourut, d'anxiété, de fatigue, de désespoir, nul ne le sait. Il fut enterré sur place.

Quand le droit doit plier devant l'équité. Suite à la rixe, les cadavres de Vasling, d'Aupic et de Jocki, des matelots félons, furent jetés dans une fosse commune creusée spécialement pour eux. Que dirait notre droit positif ? A dire vrai, je ne cherche pas à le savoir. Mais l'équité me fait dire qu'ils ont eu un traitement de faveur.

Après de mois en mer, le 16 août enfin, l'embarcation retrouva son port d'attache à Dunkerque, et le mariage fut célébré sur le champ.



AFDD