

Horizons du droit

N° 34

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

Sommaire

Bulletin n° 34 – mars 2022

Page 5 ANNIVERSAIRE DE THESE et
SOUVENIRS DOCTORAUX... Dix ans de thèse :
La gestion des risques contractuels
Aurélien LÉTOCART

Page 10 Quelques réflexions sur un parcours
doctoral
Norbert ROULAND

ACTIONS DE L'AFDD

Page 19 Photos du Webinaire Liban du 27
janvier 2022 (les actes paraîtront dans le
numéro 35 d'HDD, début avril)

Page 20 Photos du déjeuner de l'AFDD avec notre conférencier, M.le Procureur Général François Molins (Paris, France-Amériques, 14 février 2022)

Page 21 Appel à candidature, Journée des jeunes chercheurs en droit de l'arbitrage organisée par le Club de l'Arbitrage (Aix-en-Provence, 30 juin 2022)

Page 24 Partenariat établi avec LAW PROFILER, plateforme de l'emploi spécialisée dans les Métiers du Droit, et créée en avril 2019 par le docteur en droit de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, Lucien MAURIN

Page 27 Proposition de Mission de la part des éditions Lextenso : Rédacteur externe de formules en droit des sociétés

ARTICLES

Page 29 La place du droit à l'emploi dans la jurisprudence ordinale, une vexation de plus pour les droits de l'homme ? *Éléments de réponse auprès des ordres français des professions médicales*

Benjamin CLEMENCEAU

Page 44 Le constitutionnalisme d'Afrique francophone bousculé par l'imprévu : réflexions sur la situation de force majeure en contexte de crise

Anicet EYANGA MEWOLO

Page 87 Le droit international public et les processus d'intégration en Afrique Occidentale et Centrale

Arsène Landry NGUENA DJOUFACK

Page 124 Le tandem domaine public et
domanialité publique dans les Etats d'Afrique
subsaharienne francophone

Luc Patrick BALLA MANGA

Page 162 Chronique de procédure civile
africaine

Pierre-Claver KAMGAING

Horizons du droit - Bulletin n°34 2022

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit

Dix ans de thèse : La gestion des risques contractuels

Aurélien LÉTOCART - Magistrat -

Chargé d'enseignement à l'Université Picardie Jules Verne

Dix ans déjà... J'avoue que sans la sollicitation de Madame Sandie LACROIX-DE SOUSA je n'aurais sans doute pas réalisé qu'une décennie s'était déjà écoulée depuis la soutenance de ma thèse un samedi matin de janvier dans une université de Picardie Jules Verne quasi déserte...

Il faut dire que j'ai quelque peu hésité avant de répondre favorablement à l'aimable invitation qui m'était faite de revenir sur mon parcours doctoral. Non pas que j'ai tourné la page de mes années universitaires, j'enseigne avec bonheur dans ma faculté d'origine à des étudiants de seconde année de master le droit pénal des affaires et la procédure pénale en parallèle de mes activités de magistrat, mais je ne tire de la réalisation de ma thèse de doctorat qu'une satisfaction intime et personnelle de laquelle n'infère pas un sentiment de légitimité des plus assumé.

Il ne faut pas y voir là un excès de modestie mais davantage un constat réaliste tenant, tout simplement, aux conditions dans lesquelles j'ai réussi à mener jusqu'à son aboutissement ce travail doctoral. En effet, ayant orienté à l'époque mes études vers la préparation du concours de l'Ecole nationale de la magistrature (ENM), je m'étais résolu au tournant de l'année 2004/2005 à quitter ma faculté d'origine d'Amiens après mes quatre premières années de droit pour rejoindre celle d'Assas Paris II et son institut d'étude judiciaire (IEJ) dont je m'étais laissé dire qu'il était le meilleur pour la préparation du concours. Ne voulant pas tout miser sur une réussite encore très aléatoire et hypothétique à une telle épreuve, j'avais candidaté en parallèle auprès du DEA de droit privé général de cette même université alors dirigé par le Professeur Christian LARROUMET. La qualité des enseignements qui m'y furent dispensés, par des professeurs qui faisaient chacun autorité dans leur domaine, me fit réaliser avec une certaine acuité que la ligne d'horizon de la réflexion juridique se trouvait bien au-delà de ce que je m'étais figuré jusqu'alors.

De ce sentiment encore diffus et impalpable me vint sans doute l'idée de m'inscrire par précaution en doctorat dans l'attente de mes résultats au concours. Comme je n'avais à l'époque aucune prétention quant à une éventuelle carrière universitaire, il me semblait alors naturel de revenir dans mon université d'origine pour finaliser ce projet encore très secondaire dans mon parcours

professionnel. C'est ainsi que je fus accueilli avec bienveillance et tolérance par une ancienne professeur, Madame Jacqueline FLAUSS-DIEM, qui devait devenir ma directrice de thèse et dont je loue aujourd'hui encore la compréhension et la patience qui ont grandement contribué à l'aboutissement de cette entreprise.

Mon travail de recherche ne devait cependant pas débiter immédiatement puisque les épreuves orales d'admission du concours de l'ENM se profilait. Une fois celles-ci passées après une période de révision d'une intensité que je n'avais encore jamais connue et ma réussite au concours d'entrée acquise, je m'interrogeais naturellement sur la pertinence de débiter un travail doctoral dont ceux auxquels je m'ouvrais me dépeignaient le caractère solitaire, harassant et bien souvent ingrat...et ce, d'autant plus qu'à l'ENM je devais faire la connaissance de futurs collègues qui, pour certains, n'avaient pas hésité à abandonner plusieurs années consacrées à leur thèse avant même de l'avoir soutenue pour intégrer l'ENM avec un soulagement et un plaisir non dissimulés.

A cette époque peu d'arguments plaident donc pour que je m'engage dans ce processus dont je n'avais, objectivement, pas grand-chose à espérer, la carrière universitaire agrégative m'étant définitivement fermée par ma seule réussite au concours de l'ENM. Pour autant, je réalisais que les enseignements reçus à l'ENM, s'ils étaient de grande qualité, ne portaient pas sur le fond du droit. La théorie juridique étant considérée comme acquise, ou du moins notre capacité à la mobiliser démontrée par la simple réussite au concours, les cours se concentraient donc sur la procédure et le fonctionnement même de l'institution judiciaire ou les spécificités des différentes fonctions de la magistrature que nous étions appelés à exercer dans un futur proche. Dans ce contexte, je trouvais un certain réconfort et même, je le découvrais, un certain plaisir à entretenir un rapport plus abstrait et théorique avec la matière juridique à travers mes premières recherches et réflexions sur ce qui devait devenir mon sujet de thèse : « *la gestion des risques contractuels* ».

Plus encore, par leur caractère familial, mes travaux de recherche et de réflexion devaient devenir une sorte de refuge intellectuel et même une activité que je retrouvais presque avec gourmandise lors de quelques heures volées les soirs de semaine et les week-ends. Je réalise d'ailleurs en écrivant ces lignes que c'est

ce sentiment qu'il m'est encore arrivé de rechercher fugacement à travers la rédaction de trop rares articles de doctrine.

C'est donc en parallèle de ma formation à l'ENM puis de mes premières années de fonction de magistrat en qualité de juge d'instruction que je poursuivais, achevais puis soutenais ma thèse de doctorat, laquelle, malgré quelques fulgurances qui forment ma satisfaction, ne devait évidemment pas laisser un souvenir impérissable. Toutefois l'essentiel n'est sans doute pas là et c'est ce qui, je l'espère, constitue le modeste intérêt de mon témoignage.

A première vue, ce travail doctoral n'est pas des plus significatifs et ne permet pas de tirer d'enseignements très éloquents. Ce fut ma première réflexion lorsque me fut proposé, par l'Association Française des Docteurs en Droit, de contribuer à la revue « Horizons du droit ». Je ne me sentais en effet pas particulièrement légitime à voir figurer mon témoignage aux côtés de ceux d'éminents universitaires qui avaient consacré bien davantage de temps et d'énergie (et sans doute de talent) à leur propre thèse. En outre, je voyais difficilement en quoi une thèse soutenue en droit des contrats pouvait s'intégrer dans la carrière du magistrat pénaliste que je suis devenu qui plus est spécialisé en droit pénal des affaires.

Toutefois, après un temps de réflexion, je réalisais que mon parcours pouvait apporter un éclairage différent sur le travail doctoral.

D'abord parce qu'il n'est, à ma connaissance, pas si fréquent qu'un magistrat soit titulaire d'un doctorat en droit et que, le plus souvent, l'obtention du doctorat précède l'entrée dans la magistrature. Si je ne suis évidemment pas le seul, je ne crois pas avoir déjà rencontré un collègue qui avait préparé et soutenu une thèse de doctorat universitaire en parallèle de son activité professionnelle.

Ensuite et surtout, parce que je réalise, grâce au petit travail d'introspection auquel Madame Sandie LACROIX-DE SOUSA m'a convié, que mon travail de thèse a jalonné et orienté ma carrière de magistrat et, plus largement, de

professionnel du droit. En effet, ce travail m'a inculqué ou, plus exactement, a enraciné en moi une rigueur scientifique et un souci de précision dont je tente de ne pas me départir dans l'exercice quotidien de mes fonctions et qui, surtout dans les matières qui m'animent aujourd'hui au sein du parquet national financier, se révèlent un atout précieux.

Enfin, ce travail doctoral m'a permis, sans que je le réalise vraiment, de ne jamais rompre le lien avec l'université, me permettant de le prolonger par une activité d'enseignement aussi enrichissante que stimulante et que j'espère faire vivre à travers mon expérience de praticien.

Je doute évidemment que ce témoignage soit représentatif de la plupart des expériences doctorales, au plus en illustre-t-il une facette, celle d'une thèse rédigée par plaisir, déconnectée de toute pression si ce n'est celle d'être à la hauteur de ses propres exigences, dans un environnement contraint. Je dois cependant reconnaître que le sentiment de fierté personnelle, presque intime, que représente l'aboutissement d'une entreprise doctorale, de la plus modeste à la plus brillante, constitue sans nul doute un point commun intangible chez l'ensemble de ses récipiendaires...

Horizons du droit - Bulletin n°34 2022

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit

Quelques réflexions sur un parcours doctoral

Norbert ROULAND - Professeur émérite à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence -

Ancien Membre de l'institut Universitaire de France

Les lignes qui vont suivre sont écrites par un professeur de droit qui a une certaine expérience des thèses. Soit en tant que rédacteur, soit en tant que membre de jurys de thèse, rarement en tant que directeur de thèse. En ce qui concerne ce dernier point, mon attitude a été guidée par la rareté des postes en histoire du droit. J'ai toujours hésité à inciter des jeunes à se lancer dans la rédaction d'une thèse, en sachant que quelques années plus tard ils risqueraient de se trouver au chômage.

Je voudrais commencer par résumer mes expériences en quelques principes simples, avant d'entrer davantage dans les détails.

Quand j'ai entrepris ma thèse de droit romain, mais ceci est valable pour n'importe quelle thèse, j'ai été dérouté par le fait que pour être novateur, ce qui est la condition d'une thèse, il fallait parfois attaquer les théories de grands maîtres que j'avais appris à révéler dans les cours de mes professeurs. J'ai eu beaucoup de mal à adopter cette attitude quand elle était nécessaire.

D'autre part, il faut prendre tout son temps avant de choisir un sujet de thèse. On va passer avec lui plusieurs années, quelquefois il va vous réveiller la nuit. Il faut donc au minimum une bonne entente préalable. La même précaution s'applique au directeur ou à la directrice de thèse. Si ceux-ci font bien leur travail, l'étudiant va avoir avec eux des contacts répétés, dont va en partie dépendre sa future carrière universitaire. Certains professeurs sont distants, d'autres moins. Le principal est qu'ils soient disponibles pour leurs étudiants.

De plus, la thèse doit être rédigée dans un style clair, tout spécialement en ce qui concerne l'introduction et la conclusion. Il ne faut pas confondre être savant et être lourd. Il faut bien remarquer que souvent, les rapporteurs chargés d'examiner une multitude de thèses pour les jurys de qualification porteront surtout leur attention sur ces deux parties. Pour ma part, en tant qu'universitaire, j'avoue que je ne lis pas ou avec peine les ouvrages des collègues qui sont rédigés dans un style difficilement accessible. Souvent, un langage complexe masque tout simplement la pauvreté de la pensée. Un modèle de clarté a été pour moi les ouvrages du doyen Jean Carbonnier, avec lequel j'ai toujours entretenu de bonnes relations. De manière générale, les auteurs anglophones sont assez faciles à lire.

Internet, qui n'existait évidemment pas à l'époque, facilite beaucoup les recherches et le stockage de la documentation. Pour mémoire, en 1966, quand je suis rentré en première année de droit, la photocopie faisait tout juste son

apparition... Incontestablement, Google fait gagner beaucoup de temps. Mais sans parler de la tentation du copier- coller, cette rapidité, au moins pour un historien, peut avoir certains inconvénients. Quelquefois, c'est en consultant des documents qui ne semblent pas avoir de lien avec ses recherches qu'on trouve des données intéressantes. Les algorithmes empêchent ces rencontres fortuites. Pour ma thèse de droit romain j'ai dû lire tous les ouvrages de Cicéron ainsi que l'Histoire romaine de Tite-Live, ceux de Tacite, Martial, Juvénal etc. je sortais de la bibliothèque de la Faculté des lettres d'Aix-en-Provence ivre de citations latines. Cela m'a pris beaucoup de temps, mais j'y ai trouvé des avantages pour mon sujet. De plus comme le dit un article d'Alice Reybaud dans *Le Monde* du 26 janvier 2022, les jeunes chercheurs sont parfois face au vol de leurs travaux, soit par d'autres thésards, soit même par des directeurs de thèse peu scrupuleux. D'après une enquête menée en décembre auprès de 1800 doctorants et jeunes docteurs, 21 % des répondants disent avoir vu une tierce personne s'attribuer le fruit de leurs travaux. C'était évidemment possible avant Internet, mais le copier coller facilite beaucoup les choses. À la rentrée de l'année 2021, le Réseau national des collègues doctoraux a constaté que ce sujet revenait régulièrement lors des conflits portés à sa connaissance. Le Réseau travaille actuellement sur le renforcement du comité de thèse, qui est le principal acteur de vérification du déroulé du doctorat. Dans son ouvrage *Comment l'université broie les jeunes chercheurs* (Editions Autrement, paru en janvier 2022), Adèle B. Combes écrit que 20 % des doctorants interrogés par elle disent avoir subi du harcèlement moral, le plus souvent effectué par l'encadrant de la thèse. C'est évidemment extrêmement alarmant.

Beaucoup plus anodine, une petite astuce que je peux recommander aux futurs thésards, lors de la soutenance. L'introduction du candidat doit obéir à un certain canon. Pour ma part, j'ai choisi dans ma dernière thèse, ce qui était inhabituel, d'en souligner les lacunes. Comme me le dira plus tard un membre du jury, cette tactique coupa l'herbe sous les pieds d'un certain nombre de membres de ce jury.

Enfin, il est évident que le doctorant n'a pas le monopole de son sujet de thèse. Il a parfois peur qu'un autre candidat le gagne de vitesse et publie avant qu'il ait soutenu sa thèse un ouvrage qui va la rendre caduque. J'ai moi-même eu cette inquiétude alors que j'étais en train de finir ma thèse de droit romain. J'ai appris qu'une doctorante d'une Faculté des lettres faisait sa thèse elle aussi sur la notion de clientèle. Finalement, cela n'a pas été grave. Chacun a sa vision propre du

sujet, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un sujet traité par un ou une candidate appartenant à une autre discipline.

Revenons maintenant à mes débuts.

J'avais tout juste 18 ans quand je suis rentré en 1966 à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence. À vrai dire, je ne comptais pas y rester longtemps. Je voulais d'abord faire des études de médecine, mais la Faculté de médecine de la Timone a refusé de m'inscrire à la vue de mon baccalauréat de philosophie : l'empire des mathématiques commençait. Mes parents étant juristes (mon père était avoué, ma mère commissaire-priseur) je suis surtout allé à la Faculté de droit pour leur faire plaisir. Les premiers cours dans ce qui était alors l'amphithéâtre provisoire qui ne comprenait que 500 personnes, et qui n'étaient précédés d'aucune introduction aux matières juridiques dans leur ensemble (mon professeur de droit civil a ouvert le feu par la *cautio judicatum solvi*, des mots étranges) m'ont d'abord déconcerté. Ayant été élevé chez les Jésuites à Marseille, je n'avais pas l'habitude de me trouver dans une masse indistincte d'étudiants. Je devrais aussi ajouter, d'étudiantes, même si les filles n'étaient pas à l'époque majoritaires comme aujourd'hui. L'enseignement secondaire n'était pas mixte. Cependant, curieusement, je ne fus pas troublé par le voisinage féminin. La presque totalité de nos enseignants de rang magistral était des hommes, ce qui là aussi paraissait naturel. Une exception remarquable : les cours de procédure civile de Mademoiselle Yvette Lobin. Parce qu'elle était une femme, nous la regardions d'abord avec une curiosité et un peu d'amusement. Mais rapidement, nous avons compris que c'était surtout un très grand professeur.

D'autre part aussi, bien que personne ne nous l'ait jamais interdit, il était impensable d'aller questionner un professeur à la fin du cours sur le contenu de son enseignement. Revêtu de sa toge, c'était une sorte de demi-dieu. Heureusement, les choses ont changé depuis.

Malgré tous ces facteurs défavorables, le miracle se produisit. J'ai eu en première année deux enseignants exceptionnels : en droit constitutionnel, le Recteur Michel Henry Fabre ; en histoire du droit Lionel Robert Ménager. Ces deux professeurs m'ont fasciné. Au bout de ma première année de licence, je savais que je voulais devenir professeur de droit. Je n'avais aucune idée du processus pour y arriver. Je compris assez vite que ce serait long, difficile et incertain. J'ai hésité entre le droit constitutionnel et l'histoire du droit, cette dernière l'a emporté d'une courte tête. En tout cas ceci montre que dans l'enseignement la personnalité du professeur est essentielle. Quand je fus

devenu son collègue, le Recteur Fabre me dit : « *Un bon professeur n'enseigne pas seulement ce qu'il sait, mais ce qu'il est* ». J'étais en troisième année quand survinrent les événements de mai 68 auxquels je regrette de n'avoir rien compris sur le moment. En tout cas, Michel Henry Fabre, qui était alors doyen, sut gérer cette situation difficile.

Passons sur les années de licence et venons-en au doctorat. Pourquoi trois thèses, plutôt qu'une seule ?

À l'époque, pour devenir professeur, il fallait passer deux DES, sorte d'équivalents des Masters. Je passais donc un DES d'histoire du droit en faisant un mauvais mémoire de droit romain, n'ayant pas compris les règles du jeu. Ensuite, ce fut un DES de Science Politique (j'avais Bruno Etienne comme condisciple). Gérard Boulvert, un romaniste, m'orienta vers un travail d'archives : les délibérations du conseil municipal de Marseille au XIXe siècle. Ce fut encore un mauvais travail. Je n'ai jamais eu le goût des archives et ce fut mon seul *opus* dans ce domaine. Quoiqu'il en soit, j'avais fait le calcul que pour une future carrière, deux thèses pouvaient être un bon élément dans mon dossier. J'entrepris donc de transformer mon mémoire de science politique en thèse. Le 6 juin 1972 fut le jour de la soutenance, quatre mois après la soutenance de ma thèse de droit romain. Dans mon jury : Gérard Boulvert, Charles Debbasch (récemment disparu, qui fut toujours un appui pour moi), Lionel Robert Ménager, André Maistre (un Dominicain historien du droit) et Jean Pivasset. La soutenance fut plus que mouvementée car Jean Pivasset était un véritable politologue et il me fit de sévères critiques. J'obtins cependant la mention *Très Bien* alors qu'à mon sens ma thèse méritait tout juste la mention passable.

Les choses sérieuses avaient commencé avec ma thèse de droit romain. Je mis six mois à choisir mon sujet. Gérard Boulvert me proposa l'acte administratif en droit romain, ce qui ne m'enthousiasmait pas. En fin de compte, je fis ma thèse avec Lionel Robert Ménager qui m'avait proposé la notion de clientèle. C'était un mélange entre le droit public romain et la science politique. Elle allait m'occuper pendant quatre années et se terminer par un volume de près de 700 pages. Bien entendu, aujourd'hui, on n'admet pas que les thèses prennent autant d'années. Pourtant, le droit romain demande non seulement des connaissances juridiques, mais également linguistiques. C'est une science internationale. Il faut bien entendu pouvoir lire le latin (rarement le grec), mais aussi l'allemand (qui est une langue difficile), bien entendu l'italien, l'anglais, et parfois l'espagnol. Ce ne fut pas un obstacle facile à surmonter. Et c'est là qu'intervient la personnalité du

directeur de thèse. Je dois tout à Lionel Robert Ménager, qui n'a pas eu la carrière qu'il méritait. Il était tout à la fois très exigeant et très délicat. Il relisait toutes les références que je citais dans mes brouillons. Il me recommandait toujours d'aller aux textes anciens, sans se satisfaire de ce que des auteurs postérieurs en disaient. Il me recevait chez lui, m'invitant à dîner. À l'époque, ce n'était pas courant. Je soutins ma thèse de droit romain le 24 février 1972 avec dans le jury : Lionel Robert Ménager, Jean Macqueron, André Cerati, André Magdelain, Claude Nicolet. J'obtins la mention *Très bien, avec les éloges*. Sans L.R. Ménager, jamais je ne serais devenu professeur. C'est également lui qui saisit l'intérêt que je commençais à manifester pour l'anthropologie juridique, une discipline quasi inconnue en France, et qui m'orienta vers le laboratoire d'anthropologie juridique de la Sorbonne, dirigé par le Recteur Michel Alliot, un africaniste.

Entre-temps, en 1969, pour faire plaisir à mes parents, j'avais passé le CAPA sans jamais avoir l'intention de devenir avocat. À l'époque, c'était très facile. Je me souviens de l'épreuve de plaidoirie passée devant Alfred Jauffret, qui avait été mon professeur de droit commercial.

Pourquoi l'anthropologie juridique ?

Attiré par les pays du Nord, je m'intéressais aux Inuit. J'avais pris contact avec Jean Malaurie, aujourd'hui âgé de 99 ans, avec lequel je partis au Groenland en 1976, et qui me fit enseigner dans son *Centre d'études Arctique* à Paris qui dépendait de l'École des hautes études en sciences sociales (je me rendis ensuite pendant une dizaine de fois au Groenland, la dernière étant au mois de juin 2017). Cela me changeait complètement d'horizon et je sentais l'appel du large. Je me suis donc moi-même formé en anthropologie, qui devait devenir par la suite ma discipline principale, alors qu'auparavant j'avais pensé devenir professeur de droit romain, une matière qui aujourd'hui n'est pratiquement plus enseignée. En France, l'anthropologie juridique avait des liens certains avec l'histoire du droit. Tous les anthropologues du droit français sont des historiens du droit ou des romanistes. L'historien s'intéresse à la diversité dans le passé ; l'anthropologue à la diversité dans l'espace.

Le 12 juin 1984, je soutins donc à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence une thèse sur ensemble de travaux qui concernait essentiellement les sociétés Inuit. Dans le jury : Jean Benoist, aujourd'hui âgé de 91 ans, seul survivant ; le regretté Christian Atias, Michel Alliot, et deux anthropologues bien connus : Georges Condominas, spécialiste de l'Asie, qui avait fait du droit, et Asen Balicki, qui avait écrit sur les Inuit. J'obtins la mention *Très bien avec éloges*.

J'ai toujours eu le souci de l'interdisciplinarité. Aujourd'hui, c'est devenu un slogan à la mode. Mais j'ai pu constater maintes fois que dans la pratique, et ce n'est pas seulement le fait des juristes, chacun tient à rester dans son pré carré. Cela a été une grande déception de ma carrière.

Bien que ce ne soit pas des thèses, je dois aussi mentionner deux romans historiques, publiés chez Actes Sud : *Les Lauriers de cendre* en 1984 ; *Soleils Barbares* en 1987. Actes Sud avaient été créé par Hubert Nyssen, lui aussi décédé : c'est grâce à lui que je compris ce qu'était un véritable éditeur. Entre-temps, j'avais bénéficié d'un mois de séjour à l'Ecole française de Rome, ce qui m'avait permis de me mettre en quelque sorte dans les pas des héros de ces romans. *Les Lauriers de cendre* me valurent les honneurs d'*Apostrophes* et des droits d'auteur que ne me rapportèrent jamais mes ouvrages universitaires. Dans la rédaction de mes romans, exercice nouveau pour moi, Hubert Nyssen joua en quelque sorte le rôle que Lionel Ménagier avait rempli pour ma thèse de droit romain. Gérard Boulvert, qui était tout sauf un conservateur, m'avait recommandé par prudence de choisir un pseudonyme. Je n'ai jamais regretté de n'avoir pas suivi son conseil. Grâce à Hubert Nyssen, je fréquentais des gens de lettres, ce qui me changeait des juristes. Dans ces romans historiques, j'ai essayé de faire comprendre au lecteur novice ce qu'était l'Antiquité romaine. Je pense en effet que la vulgarisation, bien que ce mot ait une consonance péjorative, est une des missions des universitaires. Jean Malaurie a donné l'exemple avec sa magnifique collection *Terre Humaine*.

M'intéressant actuellement à la Chine, et continuant à faire quelques cours à l'Institut des études politiques d'Aix-en-Provence sur ce sujet, je conseille toujours aux étudiants de lire de bons romans chinois actuels (ceux de Yan Lianke en particulier). Cela ne remplace pas les ouvrages académiques, mais les complète de manière souvent heureuse.

De 1999 à 2009, je fus recruté à l'Institut universitaire de France, où je créais une chaire d'anthropologie juridique. À l'époque, le jury comportait pour moitié des collègues étrangers, sage mesure. J'avais eu comme rapporteurs une professeure de droit québécoise, spécialisée dans les autochtones, et Françoise Héritier, qui avait succédé au Collège de France à Claude Lévi-Strauss, que j'avais un peu connu à la fin de sa carrière (il avait un mauvais souvenir de ses études de droit, comme il le raconte dans *Tristes Tropiques*). J'avais apprécié la liberté que donnait l'Institut, mais comme je n'avais plus que 48 heures

d'enseignement par an, l'enseignement me manquait. Et je dois dire que depuis mon départ à la retraite, il me manque de plus en plus.

Que dire de toutes les opportunités de voyages et de rencontres avec des cultures différentes que m'a permis ma conversion à l'anthropologie juridique ?

J'ai visité de nombreux pays, dont le Canada (le *Nunavut* et la Terre de Baffin ; en 2016 j'ai enseigné l'anthropologie juridique à l'Université Mc Gill à Montréal) ; le Groenland, les Etats Unis (l'Alaska), l'Indonésie (Sumatra, Java, Bali), l'Inde, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, l'Italie, le Maroc. La Russie depuis Saint-Pétersbourg jusqu'à Yalta en Crimée. J'y ai enseigné au Collège Universitaire franco-russe. J'espère un jour pouvoir aller en Yakoutie.

Je garde des souvenirs particulièrement heureux du Brésil, où je compte retourner au mois d'octobre prochain, notamment à Maceio, Rio et Sao Paulo.

De l'Iran, au temps de la présidence de l'ayatollah Khatami. J'avais visité la ville sainte de Mashad et avais été comme envoûté par la ferveur religieuse qui avait entouré ma visite. Et aussi la ville aujourd'hui détruite de Bam, et bien sûr Téhéran, où j'avais prononcé une conférence à l'Université Behechti.

Et comment ne pas mentionner le Cambodge, que j'ai visité il y a une dizaine d'années, grâce à Ranariddh, malheureusement décédé, un des fils du roi Norodom Sihanouk ? Il avait été mon collègue à la Faculté de droit. J'espère pouvoir y retourner en 2023.

Un autre pays où j'aimerais pouvoir retourner après des premiers séjours en 1997 est la Chine, l'an prochain.

À l'époque, j'avais prononcé des conférences sur les droits de l'homme qui avaient été bien accueillies, notamment à l'Université du peuple à Beijing. Aujourd'hui, je suis en contact avec des anthropologues du droit du sud de la Chine, qui sont ouverts aux recherches françaises dans ce domaine. Ils lisent beaucoup plus les travaux nord-américains qu'euro-péens. La Chine a aujourd'hui une assez mauvaise image de marque dans les médias occidentaux, comme d'ailleurs la Russie, son nouvel allié. Cependant, même si je ne connais pas le chinois, je pense qu'il est toujours utile de pouvoir entendre les arguments des collègues appartenant à des cultures éloignées de la nôtre. D'ailleurs, c'est un conseil que je me permets de donner aux jeunes collègues : il est primordial de pouvoir faire traduire ses ouvrages dans le plus de langues étrangères possible, et, au minimum, de pouvoir faire des conférences en anglais (fort peu de Chinois

parlent français). Le français n'est malheureusement pas la langue la plus répandue dans le monde. Cependant, je dois dire que tous les universitaires brésiliens que j'ai rencontrés parlent parfaitement le français.

Pendant longtemps, ce qu'on appelait l'ethnologie juridique s'est surtout intéressée aux rapports de parenté ; l'anthropologie politique s'occupant du pouvoir, notamment dans les sociétés sans État. Ces domaines de recherche existent toujours, mais aujourd'hui les droits de l'homme sont devenus une des préoccupations majeures des anthropologues du droit de tous les pays. Même si c'est peu connu et sujet à controverse, il existe en Chine beaucoup d'institutions universitaires ayant pour objet l'étude des droits de l'homme. Cette réflexion est compliquée par le fait que les droits de l'homme sont une matière instrumentalisée par les États, occidentaux, mais aussi asiatiques ou musulmans. C'est un des plus graves dangers qui pèsent sur eux.

Pour ma part, je défends une approche anthropologique des droits de l'homme. Bien entendu, il ne faut pas négliger les textes juridiques et les instruments internationaux. Mais pour l'anthropologue, il convient de savoir ce que peut signifier cette expression pour une population donnée, un groupe donné, à une époque donnée. Ce n'est que par la suite qu'on peut penser à décréter l'universalité des droits de l'homme. Un grand problème, qu'on ne peut évidemment résoudre en quelques lignes : c'est la tension entre l'objectif de l'universalité et le fait que l'homme ne se réalise que dans des cultures et des époques données.

C'est ainsi que je peux résumer mon parcours doctoral et les années qui ont suivi.

LA VIE DE L'AFDD

Photos du Webinaire Liban du 27 janvier 2022

(les actes paraîtront dans le numéro 35 d'HDD, début avril)



Photos du déjeuner de l'AFDD avec notre conférencier,

Monsieur le Procureur Général François Molins

(Paris, France-Amériques, 14 février 2022)



**Journée des jeunes chercheurs en droit de l'arbitrage
1^{re} édition, organisée par le Club de l'Arbitrage**

« L'État et l'arbitrage international »

Jeudi 30 juin 2022 de 9h à 17 à Aix-en-Provence

Appel à candidature

1. Présentation

La journée des jeunes chercheurs en droit de l'arbitrage est une activité bisannuelle du Club de l'arbitrage réunissant les jeunes chercheurs (doctorants et post docteurs), pour une journée de réflexion sur le droit de l'arbitrage au cours de laquelle ils pourront présenter leurs travaux et bénéficier des retours d'enseignants-chercheurs expérimentés et spécialistes du droit de l'arbitrage. La journée aura lieu en présentiel, à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence.

Pour la 1^{re} édition, le choix s'est porté sur le thème « **L'État et l'arbitrage international** ». Sujet de droit international public, l'État est une entité souveraine dotée d'une personnalité juridique et de la puissance publique. Il est également un acteur incontournable de l'arbitrage international ; ce, à deux titres. D'une part, il participe de la *favor arbitrandum* et de la notoriété attribuée à l'arbitrage international depuis plusieurs décennies. En effet, par sa fonction régulatrice, l'État, à travers sa participation à des conventions internationales et l'adoption de législations nationales, garantit l'exécution des sentences arbitrales internationales, tant dans le cadre de l'arbitrage commercial que d'investissement. D'autre part, il n'est plus contesté qu'il est un sujet du contentieux arbitral, en raison de sa participation croissante dans les activités économiques internationales (commerce international, hôte d'opérations d'investissement). Cependant, peut-on le traiter comme un sujet ordinaire de l'arbitrage international, à l'instar des particuliers et des personnes morales de droit privé ?

Par ailleurs, l'arbitrage international étant défini comme un mode alternatif de résolution des litiges dans les opérations économiques internationales, qu'en est-il de son utilisation dans les contentieux interétatiques ?

Ce sont autant d'interrogations, pour n'évoquer que celles-là, qui feront l'objet d'échanges à la 1^{re} édition de la journée des jeunes chercheurs en droit de l'arbitrage organisée par le Club de l'arbitrage avec l'accompagnement du Centre de Droit Économique d'Aix-Marseille Université. Cette première édition se tiendra le **jeudi 30 juin 2022**, de **9h00 à 17h00** avec une pause déjeuner de 12h00 à 13h00, au sein de la Faculté de droit et science politique d'Aix-en-Provence.

2. Modalités de candidature

Pour soumettre votre candidature, envoyez à l'adresse clubdelarbitrage@gmail.com, tout en précisant dans l'objet « Candidature – journée des jeunes chercheurs en droit de l'arbitrage », **au plus tard le 10 mars 2022** :

- Votre thème d'intervention ainsi qu'un résumé de son contenu (250 mots maximum), en français ou en anglais ;
- Un curriculum vitæ.

Une fois le processus de sélection des candidatures achevé, les candidats seront recontactés fin mars 2022.

Communications et publication. Les communications sont faites en français ou en anglais. Les candidats retenus et ayant effectivement communiqué devront envoyer une version écrite de leurs interventions (en français ou en anglais) pour publication sur le site internet du Club de l'arbitrage **au plus tard le 30 juillet 2022**. Les écrits devront respecter les normes de rédaction suivantes : Style de police "*Times New Roman*", texte justifié ; interligne simple ; nombre de pages limité à 12.

Opportunités professionnelles

**L'AFDD évoque son prochain partenariat avec
LAW PROFILER, plateforme de l'emploi
spécialisée dans les Métiers du Droit**

**Cette plateforme est ici présentée par son créateur, Lucien
MAURIN**

**Un immense merci à ce Docteur en droit, Universitaire,
d'avoir si aimablement et si spontanément répondu au souhait de
l'AFDD d'être davantage présente sur ce terrain des débouchés
professionnels offerts aux Docteurs en Droit !**

Law Profiler est né en avril 2019 sur les réseaux sociaux avec la volonté d'ouvrir le "marché du droit" à tous.

Mes différentes fonctions m'ont, en effet, amené à constater que :

- certains candidats, et en particulier ceux ne disposant pas toujours des connexions nécessaires, peinent à trouver des expériences professionnelles qu'ils s'agissent de stage, d'alternance ou d'emplois plus durables ;
- en parallèle, des professionnels connaissent des difficultés à recruter et à faire connaître leur structure.

Grâce à la participation de tous, Law Profiler rassemble aujourd'hui sur les réseaux près de 66 000 membres et a permis à des milliers de personnes de publier une annonce, de proposer leur candidature et ainsi de trouver un emploi.

Cette dynamique est aujourd'hui enrichie par un site Internet très fonctionnel, construit sur la même philosophie que les groupes Facebook et LinkedIn :

- l'accès gratuit pour tous les candidats aux différents services Law Profiler ;
- la publication d'offres de stage, d'alternance, de VIE et de VIA entièrement gratuite pour les recruteurs ;
- des prix très attractifs pour la publication des autres offres d'emploi (collaboration, juristes, fonctions supports...).

Depuis son ouverture en novembre 2021, le site Internet rencontre un franc succès. Plus de 5900 candidats se sont inscrits et de nombreux partenaires nous font confiance :

- des structures publiques (Conseil d'État, Monnaie de Paris, DAJ de la Ville de Paris, Département des Hautes-Alpes, Service général des affaires extérieures...) ;

- des cabinets d'avocats (Allen & Overy, Norton Rose Fulbright, Herbert Smith Freehills Paris, Realyze, EY, Bird & Bird, Franklin, Jeantet...) ;
- ou encore des entreprises privées (LVMH, EDF, VEOLIA, Longchamp, Safran, Luxotica, Expectra...).

Réfléchir à une meilleure sensibilisation, et partant, à une meilleure intégration professionnelle des docteurs en droit est un défi que Law Profiler est prêt à relever aux côtés de l'AFDD. La valorisation du doctorat en droit est un défi qui me tient à cœur.

Lucien Maurin

Mission proposée : Rédacteur externe de formules en droit des sociétés H/F

Type de rémunération : Droits d'auteur

Profil : Formation solide en droit des affaires

**De préférence avec une expérience en tant que juriste d'entreprise
ou avocat spécialisé en droit des sociétés**

Lextenso recherche un rédacteur d'actes spécialisé en droit des sociétés (constitution, approbation des comptes, augmentation et réduction de capital, fusion, APA, dissolution... de SAS, SA, SARL, SCA, SNC, sociétés civiles...) afin d'actualiser et enrichir sa base numérique *Joly Sociétés* contenant plus de 1 000 formules à destination des avocats, juristes, experts-comptables...

Travaillant en relation étroite avec la rédaction, le rédacteur devra, au vu de l'actualité textuelle et jurisprudentielle, mettre à jour les formules existantes de la base *Joly Sociétés* et créer, en fonction des besoins de nos abonnés, de nouvelles formules pratiques.

Un portefeuille de formules sera confié au rédacteur ; cette mission sera rémunérée en droits d'auteur.

Le candidat devra être titulaire au minimum d'un Bac +5 en droit des affaires. Une expérience en tant que juriste d'entreprise, directeur juridique ou avocat spécialisé en droit des sociétés serait appréciée.

Les qualités requises pour cette mission sont les suivantes : technicité, excellente connaissance pratique du droit des sociétés, rigueur (tant juridique qu'orthographique) et aisance quant à l'utilisation des outils informatiques.

Horizons du droit - Bulletin n°34 2022

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit

Contact pour envoi du CV : audrey.faussurier@lextenso.fr

La place du droit à l'emploi dans la jurisprudence ordinale, une vexation de plus pour les droits de l'homme ?

Éléments de réponse auprès des ordres français des professions médicales

Benjamin CLEMENCEAU- Docteur en droit

« *Pour vivre longtemps, n'accordez point une confiance aveugle aux médecins* », rappelait Alexander Pope, que certains considèrent comme l'un des plus grands poètes Anglais du début du 18^e siècle. Puisque l'écriture de cet article s'y prête, substituons le terme « vivre » par « travailler » pour oser parler de la moralité des ordres professionnels, ces organismes professionnels qui jouent parfois, nous verrons comment, avec le droit à l'emploi de certains de leurs membres en France. C'est tout particulièrement le cas des ordres chapeautant les professions médicales, sur lesquels nous nous attarderons exclusivement, pour les besoins de la démonstration.

Pour mesurer l'étendue de leur champ d'action, et même de leur nuisance, précisons d'emblée que ces ordres sont à la fois professionnels, administratifs et juridictionnels. Et qu'ils sont notamment chargés, du moins dans les textes, de la défense et de la régulation d'une profession¹. En pratique, ils y parviennent en veillant au respect, par tous les praticiens concernés, de la déontologie propre à chaque profession. Créés au lendemain de la Seconde guerre mondiale², la plupart de ces organes sont hiérarchisés en trois niveaux, avec en bas le niveau départemental, puis le niveau régional au plan intermédiaire et enfin, le plus en haut, le niveau national. C'est en tout cas cette organisation, pyramidale donc, qui prévaut dans le domaine sanitaire³. Pour fonctionner, ces différents niveaux se composent à chaque fois de conseillers ordinaires, en tant que membres d'une profession donnée élus par leurs pairs, et d'un bureau (à l'image de n'importe quelle association). Sans surprise, c'est le Président de l'échelon national qui est l'interlocuteur privilégié du ministre de tutelle en cas de négociation – sur les attentes et les besoins, notamment, d'un secteur d'activité donné.

¹ L'article L4231-1 du code de santé publique confie par exemple à l'Ordre des pharmaciens le soin d'assurer le respect des devoirs professionnels, le soin d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession, le soin de veiller à la compétence des pharmaciens ainsi que le soin de contribuer à promouvoir la santé publique et la qualité des soins, notamment la sécurité des actes professionnels.

² Sur cette question, voir tout particulièrement D. EVLETH, « La bataille pour l'Ordre des médecins, 1944-1950 », *Le mouvement social*, 2009/4 (n° 229), p. 61 à 77.

³ Il est, par ailleurs, important de ne pas confondre les ordres professionnels avec les syndicats. Ces derniers visent à défendre les intérêts de leurs membres en chapeautant notamment les négociations de conventions collectives. Pour aller plus loin, voir le lien suivant : <https://www.oiiq.org/actualites/la-difference-entre-un-ordre-professionnel-et-un-syndicat-comment-sy-retrouver> (consulté le 08/02/2022)

Dans la mesure où leurs prises de position, au plan disciplinaire tout particulièrement, constituent d'authentiques sources de droit dont tiennent compte les juridictions administratives, il faut voir derrière leurs décisions de véritables jurisprudences¹. Et comme toute politique jurisprudentielle, sa force proviendra de sa répétition dans le temps (condition objective), et de son acceptation par l'opinion publique, remplacée ici par des professionnels – qu'ils soient de santé, ou non (condition subjective). Il convient, ces éléments rappelés, de parler de « jurisprudence ordinale » en tant que telle. Et non plus simplement de « décision disciplinaire ». Ce *distinguo* est d'autant plus important à faire que les solutions dégagées peuvent aller jusqu'à la suppression du praticien concerné du Tableau. C'est donc du droit à l'emploi dont il est ici question ! Pour rappel, celui-ci est consacré à l'article 23 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ci-après DUDH) de 1948 comme suit : « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage* ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après CDFUE) définit, pour sa part, la « liberté du travail » comme la possibilité pour « *toute personne [...] de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* »².

D'évidence, les conseillers ordinaires n'ont pour la plupart d'entre eux aucune formation en droit, ni ne sont titulaires d'un doctorat d'État. Rares aussi sont ceux qui à côté de leur activité principale, ont déjà occupé des fonctions d'assesseur ou de conciliateur de Justice³. Et pourtant, le législateur leur a confié la régulation d'une activité professionnelle pouvant aller, sur l'échelle des sanctions, du simple avertissement à la radiation – qui n'est certes jamais définitive, du Tableau

¹ La juridiction disciplinaire est chargée de sanctionner d'éventuels manquements commis par les praticiens aux règles de la déontologie. Il existe une chambre disciplinaire de première instance (CDPI) par région, placée auprès du conseil régional de l'Ordre. La structure d'appel est la chambre disciplinaire nationale. Au-delà de l'appel, il existe une structure de cassation : le Conseil d'État. En cassation n'est apprécié que le respect des règles de droit.

² Cf. l'article 15§1 de la CDFUE.

³ Parmi les conseillers ordinaires visés ici figurent notamment les masseurs-kinésithérapeutes, les orthophonistes ou bien encore les infirmiers. Autrement dit, les « auxiliaires médicaux ». D'autres conseillers ordinaires, comme les médecins et les pharmaciens, sont quant à eux titulaires d'un doctorat d'État. Certains ont d'ailleurs suivi des cours de droit, parfois dispensés par des membres du Conseil d'État. Mais il n'empêche qu'ils ne sont pas juristes de formation. Et qu'ils n'ont pas tous, à leur actif, d'expériences dans le milieu du droit.

d'inscription à l'Ordre¹. En clair, ces élus peuvent interdire à un praticien d'exercer une activité pour laquelle il a pourtant été formé et préparé, généralement en quatre ou cinq années d'études post bac. Et pour laquelle sa réputation peut parfois le précéder, ce qui n'est pas sans rappeler les récents déboires du Professeur Didier Raoult avec l'Ordre des médecins². Pour le dire autrement, il y a un décalage anormal entre le niveau de formation, assez classique, des conseillers ordinaires et leur capacité de nuisance, potentiellement toxique – et surtout gravement attentatoire, nous le verrons, au droit à l'emploi. En dépit de ce paradoxe, ils n'en restent pas moins les gardiens de la déontologie et sont, à ce titre, précieux pour leur profession. Nous les défendrons !

Ce cadre étant posé, nous pouvons maintenant nous interroger sur toutes les causes notamment conjoncturelles et institutionnelles de ce redoutable état des lieux. Ce qui nous amènera à voir que la liberté du travail n'a toujours pas été expressément reconnue, par le Conseil, comme étant une norme à valeur constitutionnelle (I), et que le Conseil d'État n'a, par conséquent, que la possibilité d'y déceler une « simple » liberté fondamentale en jurisprudence (II). Nonobstant ces incertitudes, le droit à l'emploi n'a jamais été totalement bafoué par les ordres professionnels, dans la mesure où les atteintes qui lui sont portées ne sont jamais absolues, mais seulement partielles (III). Cela nous amènera, enfin, à étudier quelles sont les réformes dont pourraient faire l'objet ces différents organismes au nom, justement, du droit à l'emploi pris dans son acception « libérale » (IV).

En somme, ce plan permet de faire un parallèle utile entre les réticences des juges constitutionnel et administratif à consacrer pleinement la liberté du travail dans leur jurisprudence et le caractère parfois décomplexé de la jurisprudence ordinaire à l'égard de ce droit de l'homme. Heureusement, les limitations, même répétées, qui lui sont imposées par les ordres ne privent jamais totalement les individus qui en sont les titulaires directs de travailler. Tandis que des réformes sont possibles.

¹ Dans le cas d'une radiation ordinaire, un praticien radié peut demander au bout de 3 ans un réexamen de son affaire. Mais l'annulation d'une radiation demeure extrêmement rare. Pour aller plus loin sur ce point, voir tout particulièrement le lien suivant : <https://www.lequotidiendumedecin.fr/archives/radiation-du-tableau-comment-lordre-des-medecins-sanctionne-t-il> (consulté le 08/02/2022)

² Sur cette affaire, voir notamment « Le Conseil national de l'ordre des médecins fait appel du blâme infligé au professeur Didier Raoult », *Le Monde*, 17 décembre 2021.

I. Une jurisprudence ordinale forcément décomplexée par l'absence de constitutionnalisation expresse de la liberté du travail en France

Émergeant lors de la Révolution de 1848, « *le droit au travail apparaît comme le droit-créance type* »¹. Même si le pouvoir constituant de la 4^e République lui a préféré l'appellation de « *droit d'obtenir un emploi* », l'intervention active des pouvoirs publics qu'il supposait déjà pour être mis en œuvre et ainsi satisfaire les besoins en travail est pour sa part restée inchangée. Ce qui n'a pas changé non plus, « *c'est l'élasticité du texte suprême qui en permet toujours deux lectures normatives bien distinctes* »². S'il semble *a priori* clair que le droit d'obtenir un emploi peut également revêtir l'aspect d'un droit-liberté, ce que revendique d'ailleurs une partie de la doctrine dite travailliste³, le Conseil constitutionnel n'a pas toujours consacré l'entière valeur constitutionnelle de la liberté du travail⁴ dans sa jurisprudence⁵. C'est d'autant plus étonnant que le droit à l'emploi, en tant que droit-créance, est constitutionnalisé à l'alinéa 5 du préambule de 1958. Et qu'un droit-créance fait peser de plus lourdes contraintes, au plan économique, sur les États qu'un droit-liberté.

Plusieurs arguments ont été défendus par les constitutionnalistes pour tenter d'expliquer ce manquement : soit l'économie des moyens préside aux solutions du Conseil pour justement éluder cette question⁶, soit il est réticent à consacrer un droit de caractère défensif sur le fondement de l'alinéa 5 du Préambule de

¹ B. Crottet, « Le Conseil constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, p. 255.

² *Ibid.*, p. 256.

³ *Ibid.*

⁴ Le droit de travailler peut s'entendre comme un droit-liberté étant donné que l'État ne saurait intervenir dans la sphère professionnelle des individus. Tandis que le droit à l'emploi peut s'entendre comme un droit-créance dans la mesure où les pouvoirs publics doivent promouvoir des politiques publiques visant le plein emploi (ce droit a valeur constitutionnelle puisqu'il est prévu au 5^e alinéa du Préambule de 1946).

⁵ À cet égard, voir tout particulièrement le recours de MM. Labbé et autres, députés (RPR), in *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Vème République*, rassemblés par Didier Maus, La documentation française, 1982, 2^e éd., p. 390. Voir également CC, n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation sociale*, cons. n° 6, RJC I-113. En revanche, dans la décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, *Prestations de vieillesse*, cons. n° 4, RJC I-152, il y a reconnaissance d'une telle liberté. De nombreuses décisions rendues par la suite par le Conseil constitutionnel confirmeront ce revirement jurisprudentiel.

⁶ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 259.

1946¹. Cette position du Conseil s'écarte donc de celles des Hautes juridictions des ordres administratif et judiciaire, qui elles, n'ont pas toujours hésité à conférer à la liberté du travail une potentielle valeur constitutionnelle, « *ou en tout état de cause, un caractère fondamental* »².

À la décharge du Conseil constitutionnel, la liberté du travail (que qualifient sans aucun détour de « *principe fondamental* » plusieurs professeurs de droit³) ne serait traitée qu'« *avec peu d'égards par le droit et par les juristes* »⁴. Et puis cette liberté n'a fait l'objet d'aucune consécration expresse dans le Déclaration de 1789, ce qui peut paraître paradoxal, étant donné « *sa place éminente dans un système économique libéral* »⁵. Cela dit cette déclaration n'a qu'un contenu civil et politique. Donc non seulement certains spécialistes préconisent la constitutionnalisation expresse de la liberté du travail, mais aussi et surtout qu'elle se distingue de la liberté d'entreprendre, en ce que celle-ci n'aurait trait qu'à l'exercice d'une activité professionnelle pour son propre compte⁶.

La liberté du travail a beau avoir été reconnue à l'article L. 412-1 du Code du travail, « *un texte de nature législative ne paraît en rien susceptible de définir quelles sont les normes ayant ou non-valeur constitutionnelle* »⁷. Et ce n'est pas tout, puisqu'après cette tentative du législateur, les juridictions ordinaires se sont à leur tour mêlées de la question du glissement sémantique du droit d'obtenir un emploi vers la liberté d'accéder à un travail pour le compte d'autrui. Dans plusieurs arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a ainsi pas hésité à parler de « *principe constitutionnel de liberté du travail* » ou bien encore de « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* » dans ses attendus de principe⁸. Ces jurisprudences obéiraient toutes « *au souci d'une*

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ Voir tout particulièrement J. Pélissier, « La liberté du travail », *Dr. Soc.*, janvier 1990, p. 19.

⁴ *Ibid.*

⁵ L. Gay, *op.cit.*, p. 259.

⁶ Sur ce point voir notamment F. Reneaud, « Une reconnaissance de la liberté du travail ? » (Conseil d'État, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa Investissements*), *Dr. Soc.*, n° 6/2005, p. 610.

⁷ J. Savatier, observations sous Cass. Soc., 18 décembre 1997, *Société Doutaves N. Bernard c/ Heuby*, in *Dr.*

Soc., février 1998, p. 195.

⁸ Cass. Soc., 11 juillet 2000, *Mme Marchal c/ M. Pimouguet*, et *Mme Couzin c/ société Larousse diffusion IDF*, (2 espèces), *Bull. civ.*, V, n° 276 et 277, pp. 218-219 ; Cass. Soc., 19 novembre 1996, *Martinez c/ Auto-service 34*, *Dr. Soc.*, janvier 1997, p. 95, avec les observations de G. Couturier ; Cass. Soc., 18 décembre 1997, *Société Doutaves N. Bernard c/ Heuby*, *Dr. Soc.*, février 1998, p.

meilleure protection d'une liberté fondamentale, dans le sens matériel si ce n'est formel »¹.

Il ne fait aucun doute que les ordres professionnels ont connaissance, au moins par l'intermédiaire du Conseil d'État, de cet état du droit positif. Et que la jurisprudence ordinaire doit, sans surprise, être influencée par celle du juge constitutionnel. Le salut résidera donc dans l'érection des libertés du travail et d'entreprendre au rang de véritables normes à valeur constitutionnelle par le Conseil lui-même². Seul ce revirement, s'il se produit, contraindrait les conseillers ordinaires à réfléchir à deux fois avant de prononcer la radiation d'un praticien du Tableau d'inscription – et peu importe, en définitive, le degré d'autonomie dont jouissent déjà les juridictions ordinaires³. Cette évolution permettrait, de plus et surtout, aux ordres de promouvoir une réelle politique de plein emploi, au même titre que l'État. Et de ne pas créer, en lieu et place de travailleurs, une réserve de chômeurs. Ces personnes devraient pouvoir exercer librement l'activité de leur choix, au nom, justement, du droit à l'emploi – pris dans son acception « libérale »,

194, avec les observations de J. Savatier ; Cass. Soc., 10 juillet 2002, *M. Moline et autres c/ société MSAS cargo International, M. Salembier C/ société La Mondiale et M. Barbier c/ société Maine Gri*, (trois espèces), *Bull. civ.*, V, n° 239, pp. 234-235 ; Cass. Soc., 17 décembre 2004, *Société SAMSE c/ M. Christian Breschi et autres, Dr. Soc.*, n° 3/2005, avec les observations de B. Gauriau, pp. 334-335.

¹ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op.cit.*, p. 261.

² Dans la mesure où de nombreux professionnels de santé travaillent pour leur propre compte, et dans la mesure où ils peuvent, au même titre que les salariés, être visés par des sanctions disciplinaires, il convient de prôner la constitutionnalisation, non pas tacite, mais expresse, des libertés du travail (pour défendre les salariés) et d'entreprendre (pour défendre les professionnels qui exercent en libéral). C'est d'autant plus souhaitable que le Conseil semble avoir reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre dès 1982 (dans une décision n° 81-132 DC) et qu'il dispose pour y parvenir de deux leviers distincts : d'une part de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946 – dont la formulation quant au « droit d'obtenir un emploi » permettrait facilement de déduire une liberté –, mais aussi et surtout de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Pour aller plus loin, voir L. Gay, *Ibid.*, p. 263.

³ La juridiction ordinaire est chargée de sanctionner d'éventuels manquements commis par un praticien aux dispositions du Code de déontologie médicale. Cette juridiction spécialisée est autonome par rapport aux juridictions pénales et civiles. Elle ne prononce que des sanctions prévues par le Code de la santé publique. Une réparation matérielle ne relève pas de sa compétence. Pour aller plus loin, voir tout particulièrement ce lien URL : <https://www.conseil-national.medecin.fr/lordre-medecins/linstitution-ordinaire/jurisdiction-ordinaire> (consulté le 09/02/2022)

et non plus « créancière ». Ce n'est qu'au prix de cet effort que la France respectera, dans son intégralité, l'article 23 DUDH (mentionné *supra*).

II. Une jurisprudence ordinale par ailleurs influencée par le manque d'intérêt pour les droits sociaux fondamentaux, tels que reconnus dans la Charte sociale européenne, du Conseil d'État

Comme indiqué précédemment, le Conseil d'État n'a jamais hésité à conférer à la liberté du travail un caractère fondamental – en dépit des incertitudes du juge constitutionnel sur la valeur exacte d'une telle liberté¹. En pratique il a conclu à l'applicabilité de la liberté du travail dans le cadre de l'article L521-2 du code de justice administrative², tandis que pour certains rapporteurs publics, cette liberté « est clairement garantie par le préambule de la Constitution de 1946 »³. Cette prise en compte en tant que liberté fondamentale par la Haute juridiction administrative devait laisser présager un avenir heureux, au moins dans les

¹ Pour ériger la liberté du travail au rang de norme à valeur constitutionnelle, le Conseil dispose de l'alinéa 5 du préambule de 1946 et de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Cela dit, une partie des constitutionnalistes privilégieraient le second levier étant donné que le 5^e alinéa du préambule « proclame un droit à prestation et non une liberté en tant que telle » (ici, voir V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 2003, p. 115). La distinction entre une norme sur un « droit-créance au travail » et une norme sur la « liberté » cette fois-ci du travail semble alors confuse. L'alinéa susvisé du préambule est « une disposition réputée particulièrement floue et à ce point marquée d'emphase qu'aucun contenu précis ne peut, pour beaucoup, lui être reconnu » (voir A. Lyon-Caen, note sous Versailles, 1^{ère} ch., 11 mars 1985, *Revue trimestrielle du barreau de Versailles*, 1986, p. 109). La doctrine émet donc également des doutes sur le contenu utile de cette disposition, « qui ne paraît pas pouvoir fonder un droit, opposable à l'État, à obtenir un emploi en cas de chômage » (voir L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op.cit.*, p. 264). L'imprécision de l'alinéa 5 est telle qu'une partie des observateurs rejette ici l'idée de la reconnaissance, non plus d'un droit de défense, mais d'un droit-créance par le constituant. Évidemment, le « flou artistique » qu'il y a autour de la constitutionnalisation de la liberté du travail, et de la portée de l'alinéa 5 (consacre-t-il ou non un droit-créance au travail ?) ne confirme en rien la présumée pertinence de la vision binaire des droits et libertés constitutionnels.

² CE, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres*, Rec. 362.

³ Voir tout particulièrement les conclusions du commissaire du Gouvernement Laurent Olléon sur CE, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres*, citées par F. Reneaud, « Une reconnaissance de la liberté du travail ? », *op.cit.*

prétoires, pour le droit à l'emploi. Et d'une manière générale, pour les débats sur les libertés.

C'était sans compter sur l'attitude décevante du Conseil d'État vis-à-vis de l'effet direct de certains traités internationaux protecteurs des droits humains, comme la Charte sociale européenne (ci-après CSE) – qui reconnaît pourtant explicitement la liberté du travail dès son 1^{er} article, à l'alinéa 2¹. À l'égard de cette charte, « *il a en effet opposé [...] un refus à la fois absolu et invariable à toute invocabilité depuis sa célèbre jurisprudence Mlle Valton et Mlle Crépeaux du 20 avril 1984* »². Dans un rapport rendu au cours de l'année 1985, la Haute juridiction précisait que c'était en raison de la formulation même des dispositions de la charte – de type « les États s'engagent à ... » – qu'elle refusait de leur attribuer toute forme d'invocabilité directe³. Et dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI* datant de 1997⁴, le commissaire du gouvernement de l'époque annonçait à son tour que le caractère général des termes de la charte faisait obstacle à ce qu'elles se fussent par elles-mêmes. Ce qui veut alors dire que sans normes nationales précisant les dispositions de la charte, celles-ci ne peuvent bénéficier directement aux individus, y compris dans les rapports qu'ils entretiennent entre eux.

Pour le Conseil d'État, la CSE est donc dépourvue d'effet direct. Pléthore de droits sociaux placés dans le giron du droit à l'emploi restent en conséquence lettre morte. C'est notamment le cas des droits à la protection de la santé⁵ et à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale⁶. Ou plus généralement

¹ Cet article précise que : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent : 1. à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ; 2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ; 3. à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs ; 4. à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées* ».

² C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, chron. 28, 2012.

³ Voir *Droit international et Droit français*, La Documentation française, Notes et études documentaires, n° 4803, 1986, pp. 49-50.

⁴ Voir « Conclusions sur CE, 23 avril 1997, *GISTI* », *D*, 1998, II, p. 17.

⁵ Cf. l'article 11 de la charte.

⁶ Cf. l'article 30 de la charte.

encore, du droit au logement¹. Cela dit, si le critère objectif de la charte n'est pas rempli – en raison justement de sa rédaction –, le critère subjectif de l'effet direct l'est tout à fait (étant entendu qu'il s'agit d'une convention qui a pour objet la garantie des droits de l'homme). Cette subjectivité devrait, à elle seule, pourtant suffire pour inciter le juge administratif à admettre l'effet direct des droits consacrés dans la CSE, ou *a minima*, de certains d'entre eux. Pourquoi ne pas conférer d'effet direct aux dispositions relatives aux droits consacrés dans d'autres traités, et pour lesquelles le Conseil a reconnu un tel effet² ? Il a bien reconnu l'effet direct de la disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après CESDH) relative à l'interdiction du travail forcé, alors pourquoi ne pas étendre cet effet direct à la liberté du travail dont parle l'article 1^{er} alinéa 2 de la CSE ? Après tout, en interdisant à des professionnels de santé d'exercer leur activité principale, les ordres les amènent à exercer un autre métier, le plus souvent contre leur gré...C'est donc une forme, au moins déguisée, de travail forcé !

Peut-être que les magistrats du Conseil d'État « *redoutent un effet « boîte de Pandore » que pourrait entraîner la reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne* »³. Pourtant, aucune remise en cause générale des législations nationales n'est à craindre de la justiciabilité de la CSE. Il ne s'agirait, tout compte fait, que d'appliquer de manière effective une convention internationale qui engage la France et qui a valeur supra-législative en vertu de l'article 55 de la Constitution. Ce changement de paradigme serait d'autant plus salutaire pour tous les professionnels de santé, que ce sont bel et bien les magistrats de l'ordre administratif, et non pas ceux de l'ordre judiciaire, qui siègent au sein des juridictions ordinaires. Il est donc temps qu'ils promeuvent pleinement le droit à l'emploi, et plus exactement la liberté du travail, au sein de ces instances juridictionnelles.

¹ Cf. l'article 31 de la charte.

² Par exemple, l'interdiction du travail forcé et la liberté syndicale qui sont garantis respectivement par les articles 4 et 11 de la CESDH et les articles 1§2 et 5 de la CSE.

³ C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *op.cit.*

III. Des atteintes au droit à l'emploi malgré tout plafonnées de la part du législateur sanitaire

Ni le Conseil d'État, ni la Justice, non plus qu'aucun ordre professionnel ne peuvent priver de leur droit à l'emploi des praticiens dans le cadre de la procédure disciplinaire – telle qu'identifiée aux articles R.4126-1 à R.4126-54 du code de santé publique. Le législateur sanitaire les a simplement autorisés, *via* les mesures de suspension et de radiation, à porter atteinte à la possibilité qu'a toute personne d'exercer une activité librement choisie et acceptée. Autrement dit, à la liberté du travail des personnels de santé concernés. C'est la raison pour laquelle l'atteinte portée au droit à l'emploi au moment de suspendre ou de radier un praticien du Tableau n'est jamais totale, mais seulement partielle. Le plus souvent, le praticien suspendu voire radié continuera de travailler dans un autre secteur d'activité (après s'être, ou non, réorienté professionnellement).

L'absence, prévue par le législateur lui-même, de violation généralisée du droit à l'emploi explique certainement pourquoi rares sont les exemples de jurisprudences ordinaires à avoir fait, ne serait-ce que par ricochet, référence à ce droit de l'homme¹. En clair, les ordres peuvent – avec l'aval des magistrats administratifs – toucher à la liberté du travail (qui n'a toujours pas de valeur suprême expressément reconnue), mais pas au droit à l'emploi en tant que tel (qui lui, est retranscrit au 5^e alinéa du préambule de 1946). Alors comment demander aux élus ordinaires de préserver ce droit, sachant qu'ils ne peuvent pas, en dépit de leurs nombreuses prérogatives, y porter atteinte ? Cela revient à les sensibiliser autour d'une sanction qu'ils ne peuvent pas prononcer...

Il n'empêche que la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un praticien relativement âgé posera indubitablement la question de sa réinsertion professionnelle à venir, et donc de son droit à l'emploi à proprement parler. Dans pareille occurrence, ladite sanction portera une atteinte très claire à son droit fondamental au travail. Il s'agirait, dans toute la mesure du possible, d'éviter d'y recourir. En guise de filet de protection, nous ne pouvons qu'inviter le

¹ Pour s'en convaincre, il suffit d'effectuer une recherche avec les mots-clés suivants : « droit à l'emploi », « droit au travail » et « liberté du travail », sur la base de jurisprudence ordinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins. Celle-ci ne donne absolument aucun résultat probant. Pour aller plus loin, voir le lien URL suivant : <http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/RechercheSimple.do> (consulté le 15/02/2022)

Gouvernement à assortir la loi d'un règlement d'application spécifique. Et prévoir un âge au-delà duquel la radiation n'est par exemple plus possible¹. Cette réforme paraît d'autant plus souhaitable que l'emploi des seniors est un sujet plus que jamais d'actualité : le taux de chômage des 55-64 ans étant tout de même de 5,8% en 2020, d'après les chiffres officiels². Encore une fois, les ordres devraient défendre leur profession en promouvant le plein emploi, notamment de ceux d'entre leurs pairs qui ne sont plus tout jeunes...

Il semble tout compte fait indispensable de réceptionner et de traduire le droit à l'emploi dans des instruments normatifs nettement plus précis. En clair, la force et la garantie de ce droit de l'homme doivent devenir celles des normes, y compris réglementaires, qui les portent. Ce n'est qu'à ce prix que nous cesserons de voir dans le régime juridique de nos libertés « *le fruit d'un effort dogmatique plus que théorique* »³. Sans cette prise de conscience de la part des pouvoirs publics, au premier rang desquels figure notamment le législateur, les libertés publiques continueront, c'est certain, de ne présenter aucune originalité au sein de la théorie des normes. Cette réalité vaut pour le droit à l'emploi, mais aussi pour d'autres droits-libertés (dont fait partie le droit à l'alimentation⁴, pour ne citer que lui). Finissons-en avec les lois sectorielles, et privilégions systématiquement les loi-cadre dès lors qu'il s'agit des libertés publiques. Leurs enjeux sont trop importants pour passer sous silence les complications que peuvent engendrer leur non-application, même partielle, dans le chef des particuliers qui en sont les destinataires.

¹ La récente incarcération des époux Balkany a relancé dans les médias la question de l'âge maximum au-delà duquel il ne faudrait pas envoyer les individus en prison. Alors pourquoi ne pas étendre ce débat à la question des radiations des Tableaux d'inscription des ordres professionnels des personnes âgées ? Pour aller plus loin, voir par exemple J.-M. Rohrbasser, R. Moulias et F. Blanchard, « Autour du thème : doit-on maintenir les vieillards en prison ? », *Gérontologie et société*, 2001/3 (vol. 24 / n° 98), p. 219 à 237.

² Voir le rapport de la Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), qui est disponible à partir du lien Internet suivant : <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/sites/default/files/9611cb0d890712092fee11b831fa74a0/Tableau%20de%20bord%20seniors%20T3%202021.pdf> (consulté le 14/02/2022)

³ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Pena-Soler, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni et J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 7e éd., 2015, p. 5 et s.

⁴ Voir notamment B. Clemenceau, « L'état du droit à l'alimentation en 2020 », *Revue européenne de droit de la consommation / / European journal of consumer law (REDC)*, 2015/1, p. 91-106.

IV. Quelle réforme pour les ordres professionnels, au nom justement du droit à l'emploi ?

« Être au service des médecins dans l'intérêt des patients », tel est l'engagement solennel du Conseil national de l'Ordre des médecins sur son site Internet. Présent sur tout le territoire, cet organisme professionnel est notamment censé apporter des conseils juridiques aux praticiens, et les soutenir en cas de difficultés¹. Si nous sommes prêts à les croire, nous doutons toutefois qu'ils puissent y aller de leur propre contribution dans l'achèvement de cet édifice encore instable, on l'a vu, qu'est celui du droit à l'emploi. Du moins, pas avec leur politique ordinaire actuelle – laquelle n'encourage aucunement la référence, même indirecte, à un tel droit en jurisprudence. Les magistrats qui les entourent, au plan disciplinaire notamment, y sont forcément pour beaucoup dans ce constat.

Se pose néanmoins, et à juste titre, la question de la réforme des ordres professionnels. Le premier levier qui saute aux yeux réside dans la formation en droit des conseillers ordinaires. Cela tombe à pic, puisque parmi les rôles des élus ordinaires qu'identifie l'Ordre national des pharmaciens, figure notamment l'amélioration des relations entre l'Ordre, la faculté de pharmacie et les étudiants². Il suffirait de prévoir une amélioration des relations entre l'Ordre et la faculté de droit, cette fois-ci, pour que les rapports avec les praticiens s'apaisent. Et pour qu'enfin, les élus ordinaires s'écartent, arguments à l'appui, de la vision parfois nonchalante du Conseil d'État à l'égard des droits sociaux. Oui, le droit à l'emploi existe – en dépit des questions que peuvent encore se poser certains auteurs en doctrine³. Il faut simplement, pour s'en convaincre, assister à un cours magistral sur les droits et les libertés fondamentaux. Nous encourageons donc le législateur sanitaire à imposer aux élus ordinaires un *quota* inflexible d'heures de formation en droit – idéalement en droit du travail et en droit des libertés fondamentales.

Un autre levier, plus strict, pourrait consister en une limitation des prérogatives attribuées par la loi aux conseillers ordinaires. Le législateur sanitaire pourrait, par

¹ Ici, voir le lien Internet suivant : <https://www.conseil-national.medecin.fr/> (consulté le 15/02/2022).

² Sur ce point, voir le lien Internet suivant : <http://www.ordre.pharmacien.fr/Qui-sommes-nous/Role-des-conseillers-ordinaires> (consulté le 15/02/2022)

³ Voir notamment A. Jeammaud et M. le Friant, « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, genre et sociétés*, 1999/2 (N° 2), p. 29 à 45

exemple, leur interdire de radier du Tableau d'inscription un praticien – au nom, justement, de leur méconnaissance du droit. Nous ne pouvons pas, dans un État de droit, laisser prospérer plus longtemps une société civile au sein de laquelle des particuliers peuvent, impunément et à leur guise, priver leurs pairs d'une liberté aussi fondamentale que celle relative au travail. Par la force des choses, cette situation ne pourra qu'entraîner une flambée des propositions de réforme réactionnaires, comme la suppression pure et simple des ordres professionnels – solution que préconisent vivement d'anciennes propositions de lois belges¹, ainsi d'ailleurs que certains candidats, en France, à l'élection présidentielle².

Au plan déontologique, les fonctions dévolues aux élus ordinaux sont nobles et méritent, à ce titre, d'être maintenues en l'état. C'est d'ailleurs précisément la raison pour laquelle il faut les prémunir des attaques populistes. Leurs prérogatives en matière disciplinaire, en revanche, devraient être mieux encadrées par le législateur – au vu des répercussions qu'elles peuvent avoir sur la situation professionnelle des praticiens concernés. Dans tous les cas, nous prônons l'attachement au plein emploi des ordres professionnels. Et appelons surtout le renforcement de la formation en droit de nos vœux. D'autant que « *c'est singulièrement dans le ressort des professions relevant de l'art de guérir que le mouvement d'hostilité aux ordres professionnels prend ses formes les plus aiguës* »³, et que « *la Belgique a été condamnée par la Cour européenne de Strasbourg au motif que sa législation relative à l'organisation et au fonctionnement de l'Ordre des médecins ne serait point conforme aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits*

¹ Voir notamment : proposition de loi déposée par M. Féaux et Mme Remy-Oger (Doc. parl., Sénat, 1979-1980, n° 415) ; proposition de loi déposée par M. Hancké (Doc. parl., Chambre, 1980-1981, n° 688) ; proposition de loi déposée par M. Verbist et consorts (Doc. parl., Sénat, 1980-1981, n° 654) ; proposition de loi déposée par M. Pouillet et consorts le 24 juin 1982 (Doc. parl., Sénat, 1981-1982, N° 295). Voir aussi R. Grosemans, *Une proposition de loi critiquable*, in J.T., 1980, p. 701.

² Voir notamment M. Fout, « Mélenchon veut abolir l'Ordre des médecins, « une organisation pétainiste » », *Le quotidien du médecin.fr*, 17 mars 2017. Comme le rappelle l'auteure, « *ce n'est pas la première fois qu'un candidat à la présidentielle propose de supprimer l'instance ordinale. En 1981 déjà, le candidat du PS François Mitterrand proposait, à la 85e de ses « 110 propositions pour la France », d'en finir avec l'Ordre des médecins. Une fois élu, cette mesure n'avait finalement jamais été concrétisée* ».

³ J. Van Compernelle, « L'évolution de la fonction de juger dans les ordres professionnels », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Presses de l'Université de Saint Louis, 1983, p. 391-418. Voir également M.-T. Poucet, « L'Ordre des médecins – service ou symbole ? », *Revue nouvelle*, mars 1982, n° spécial, p. 300.

de l'homme »¹. Ce qui pose l'épineuse question, cette fois-ci, de l'impartialité des ordres professionnels – étant donné que bien souvent, les chambres nationales disciplinaires sont fondées, en droit, à s'auto-saisir des décisions rendues par les chambres régionales disciplinaires...C'est sans doute là un autre « point chaud », qu'il s'agirait de réformer lui aussi.

En définitive

Le droit à l'emploi a beau être ignoré par la jurisprudence ordinale, il n'en reste pas moins un droit éminemment social et pétri de « *fondamentalité* » – en ce qu'il n'est pas détachable d'autres droits qualifiés de « *vitaux* » en doctrine et qui, eux, jouissent d'un écho plus spécifique en jurisprudence. En outre, ses accointances avec le droit à un niveau de vie suffisant et plus encore avec la dignité de la personne humaine semblent en faire un droit de tout premier plan parmi les droits les plus intangibles de l'homme. L'article vise donc au moins à convaincre les ordres du bien-fondé de ce droit et de sa valeur, tant sur le plan juridique que scientifique et sociologique.

Il les invite à intensifier leur formation en droit, et à ne plus se laisser aveuglément influencer par l'hostilité du Conseil d'État à l'égard des droits sociaux – tels qu'issus, tout particulièrement, de la Charte sociale européenne. Et bien avant cela, l'article souligne à quel point la reconnaissance, par le Conseil constitutionnel, de la liberté du travail comme étant sans la moindre hésitation possible une norme à valeur constitutionnelle est absolument primordiale pour que les lignes bougent.

¹ Dans son arrêt du 23 juin 1981 (en cause *Le Compte contre État belge*), la Cour européenne de Strasbourg affirme l'applicabilité de l'article 6 de la Convention de Rome aux procédures disciplinaires mues dans le ressort de la profession médicale. Comme le rappelle J. Van Compernelle, « *pareille prise de position ouvre des perspectives et soulève des problèmes qui, à certains égards, remettent en question l'organisation actuelle et le fonctionnement des ordres professionnels* ». *Ibid.*

**Le constitutionnalisme d'Afrique
francophone bousculé par l'imprévu :
réflexions sur la situation de force
majeure en contexte de crise**

Anicet EYANGA MEWOLO - Ph. D en Droit public, Assistant à l'Université de Douala

Résumé

Il existe des situations qui échappent à la saisine anticipée du droit par leur caractère imprévisible. Au nombre de ceux-ci, la force majeure retient singulièrement l'attention, et justifie l'étude de son aménagement dans les constitutions d'Afrique francophone. Le parcours des constitutions de l'espace retenu, permet de remarquer que si certaines constitutions consacrent formellement la force majeure, l'essentiel de sa construction émane de l'activité du juge constitutionnel dont l'office est par ailleurs indispensable à la qualification d'un fait de force majeure dans la vie d'un État. Cet état de chose, donne lieu à une construction superficielle et insuffisante de la force majeure par les constituants d'Afrique francophone, et les invite à un meilleur aménagement de l'imprévu au regard des conséquences qui s'y rattachent.

Alors qu'il se donnait pour ambition d'intelligibiliser de droit à travers sa théorie générale du droit, Jean-Louis BERGEL reconnaissait qu'il est un instrument de sécurité parce qu'il permet de prévoir les conséquences attachables à tout acte, toute prévision étant fondée sur les règles existantes¹. Norme de conduite sociale destinée à régir les agissements de l'individu en société, le droit est une activité de régulation sociale visant à organiser le fonctionnement des institutions et des organisations, en prévoyant des agissements permis et interdits, en posant des normes à suivre. Ce fait constitue l'une des techniques auxquelles le droit positif recourt : *l'anticipation*. Par l'anticipation, le droit « *déavance les événements futurs, en projetant l'avenir sur le présent* »². Et pourtant, le droit ne peut tout régir car il ne peut tout prévoir³. Il existe toujours des situations qui échappent à cet encadrement juridique préalable qui paralysent l'ordonnance juridique présente qu'on appelle l'imprévu et qui justifie l'application d'une légalité d'exception⁴. Depuis toujours l'imprévu jalonne l'histoire des civilisations⁵, il atteint tous les domaines de la vie et n'épargne aucun, pas même le droit. La survenance d'un imprévu bouscule la belle ordonnance juridique établie et, le droit constitutionnel singulièrement, ne se trouve pas épargné⁶ car, les événements imprévus, nonobstant la pluralité des imprévus et des dangers⁷ susceptibles d'altérer la paix sociale⁸, peuvent en

¹ J.-L. BERGEL, *Méthodes du droit – Théorie générale du droit*, 5^{ème} Edition Dalloz 2012, p.129.

² *Ibid.*, p.143.

³ S.M. OUEDRAOGO ; D. OUEDRAOGO, « Les élections présidentielles et législatives à l'épreuve du covid-19 : une mise en lumière en Afrique de l'Ouest francophone », *AFILEX Avril 2020*.

⁴ L'évocation de l'application d'une légalité d'exception dans une étude de droit en Afrique ne peut ne pas faire cure de la référence au maître africain de l'exception en droit le professeur Joseph OWONA. Voir à ce sujet, J. OWONA, « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *Revue Camerounaise de Droit*, N° 8, 1975, pp.104-123.

⁵ F. BOUSCAU (sous la Dir.) A. BABIN ; R. BOUADI et D'Autres « Le droit bousculé par l'imprévu », *Revue juridique de l'Ouest* n°2012-4. pp. 457-474.

⁶ Le professeur Franck BOUSCAU et les autres soulignent que la vie des sociétés humaines se trouve traversée par des multiples événements inattendus, les institutions politiques et constitutionnelles connaissant de nombreux imprévus qui peuvent changer le cours de leur histoire

⁷ C.J. FRIEDICH, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, Paris, Coll. Bibliothèque de la science politique, 1958, p.387.

⁸ A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in M. ONDOUA et P.E ABANE ENGOLO (sous Dir), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, Paris, 2021, p.61.

réalité modifier les règles constitutionnelles dans leur essence¹. C'est donc sous le prisme des constitutions des États francophones d'Afrique, que repose la présente étude sur l'imprévu et particulièrement le cas de la force majeure.

Considéré de manière courante comme un événement inattendu, l'imprévu est une notion complexe en droit en général et particulièrement en droit constitutionnel. Ainsi, la compréhension facile de l'imprévu requiert que l'on sépare l'imprévu des notions qui lui sont proches avant d'aborder les deux cas d'imprévus retenus en droit. Relativement aux notions voisines, l'imprévu doit être distingué de l'accident, du hasard et du risque. Le vocabulaire juridique de Gérard CORNU définit l'accident comme un événement ou un fait involontaire dommageable imprévu² et tend *a priori* à assimiler l'accident à l'imprévu.. Mais, il faut pourtant relever que si l'accident est toujours imprévu, l'on admet par ailleurs que l'imprévu n'est pas à chaquefois un accident, parce que l'accident est bref et l'imprévu peut constituer une situation durable³. Relativement au hasard, c'est une rencontre entre deux causalités indépendantes alors que l'imprévu peut se réduire à une unique causalité. Certes l'imprévu inclut le hasard pour la raison que le hasard n'est jamais prévu⁴ bien que l'imprévu puisse quelques fois rien devoir au hasard. Concernant le risque, est l'éventualité de survenance d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant être dommageable⁵. Pour Gérard CORNU, le risque, en plus d'être une éventualité, recèle un caractère incertain quant à sa réalisation. Il comporte de prime à bord une dose d'imprévu, cependant le risque peut être calculé, refusé, accepté et assumé ; dans le cas e son acception, il peut être prémuni. L'imprévu étant écarté des situations confuses, il sied de retenir que, si l'imprévu est considéré comme un événement inattendu, il est cependant entouré de deux cirscontances en droit : le cas fortuit et la force majeure⁶.

¹ F. BOUSCAU (sous la Dir.) A. BABIN ; R. BOUADI et D'Autres « Le droit bousculé par l'imprévu », *Revue juridique de l'Ouest, Op Cit.*

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 10^e édition mise à jour, p. 11.

³ F. BOUSCAU (sous la Dir.) A. BABIN ; R. BOUADI et D'Autres « Le droit bousculé par l'imprévu », *Revue juridique de l'Ouest, Op Cit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Le Petit Robert*

⁶ F. BOUSCAU (sous la Dir.) A. BABIN ; R. BOUADI et D'Autres « Le droit bousculé par l'imprévu », *Revue juridique de l'Ouest, Op Cit.*

Le cas fortuit, la force majeure et l'imprévision constituent en droit des circonstances non prévues ¹qui affectent l'ordre juridique en vigueur ou le fonctionnement normal des institutions. Si cette réalité peut être vérifiée dans l'ensemble des Etats du globe, l'exigence de réalisme et de pragmatisme oblige néanmoins de réduire à l'Afrique francophone, le socle spatial de la présente étude. Le tour des constitutions des Etats francophones d'Afrique, révèle l'emploi exclusif de la force majeure comme situation d'imprévu. Un pareil constat oblige de limiter l'étude ambitieuse de l'imprévu dans les constitutions des Etats francophones d'Afrique à celle de la force majeure. La force majeure s'appréhende comme un événement imprévisible, irrésistible et étranger aux parties faisant obstacle à l'observation d'un acte juridique. D'origine privatiste², abondamment utilisée en droit des obligations, la force majeure y désigne un événement imprévisible et irrésistible qui provient d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité³. Cette conception de la force majeure en droit des obligations et de la responsabilité, est celle reprise par le droit public et de manière dense par le droit et contentieux administratif. Habituellement, souligne Jean-François. COUZINET, la force majeure est présentée comme définie par une trilogie célèbre : événement imprévisible, irrésistible et extérieur vis-à-vis des personnes en cause⁴. Évènement imprévu, inévitable et insurmontable, la survenance de la force majeure peut avoir des causes naturelles⁵, humaines⁶ ou physiques⁷. Il arrive, parfois, que des événements sociaux soient également

¹ Selon le Doyen M. HOURIOU (in Note sous CE.10 Mai 1912, *AMBROSINI*, S. 1912. 161), le cas fortuit et la force majeure échappent aux prévisions humaines.

² J-F. COUZINET, « Cas de force majeure et cas fortuit : causes d'exonération de la responsabilité administrative », *RDP*, 05, Septembre-October 1993, *LGDJ Rev 10*, pp. 1385-1425.

Selon cet auteur, la « force majeure et le cas fortuit sont des termes et notions que le droit public a emprunté au droit privé ». p.1389.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, *Op Cit*.

⁴ J-F. COUZINET, « Cas de force majeure et cas fortuit : causes d'exonération de la responsabilité administrative », *Op cit*. p.1391.

⁵ Dans le registre des événements naturels qui peuvent constituer des cas de force majeure, on peut énumérer les tremblements de terre, les inondations, les tempêtes, la tornade, les sécheresses et d'autres catastrophes naturelles.

⁶ Au nombre des agissements humains qui constituent des cas de force majeure, il peut être citer les guerres, les insurrections, les troubles sociaux.

⁷ J.C. TCHEUWA ; J.B. CHOUAMO, « Les faits extérieurs à la victime en droit international » in Magloire ONDOA et Patrick Edgar ABANE ENGOLO (sous la Dir.), *L'Exception en droit*, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 249-271.

considérés comme cas de force majeure, c'est le cas des grèves¹. Le droit exige quelques conditions pour attester de l'existence de la force majeure, il s'agit notamment de l'extériorité, l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'inévitabilité². La force majeure peut être considérée ici comme un évènement imprévisible, inévitable qui fait obstacle à la bonne exécution d'une obligation, au bon fonctionnement d'une institution et empêche l'application de la règle de principe.

La conception de la force majeure sus-évoquée est *mutatis mutandis* reprise en droit constitutionnel. En droit constitutionnel, la définition de la force majeure est issue dans l'activité prétorienne de certaines juridictions constitutionnelles. Pour preuve, le juge constitutionnel nigérien relève dans un Arrêt en date du 15 Juin 2020 en ces termes :

« La force majeure est un évènement imprévisible, irrésistible, donc indépendant de la volonté de celui qui l'invoque pour justifier ou expliquer une défaillance ; qu'elle suppose la réunion des éléments suivants :

- *Un évènement échappant au contrôle de celui qui l'évoque ;*
- *Qui ne pouvait être raisonnablement prévu ;*
- *Dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ;*
- *Qui empêche celui qui l'invoque d'exécuter sa mission ou son obligation »*³.

En suivant, le raisonnement du juge, la force majeure renvoie ainsi à tout évènement échappant à toute précision, non imputable à la personne qui l'évoque et qui perturbe l'exécution d'une mission, d'une obligation ou l'application de l'ordonnancement juridique, la constitution en priorité.

Si Aristote conçoit la Constitution comme fondement d'un régime⁴, il la définit comme une norme juridique supérieure, acte juridique suprême⁵ à l'ensemble des

¹ J-F. COUZINET, « Cas de force majeure et cas fortuit : causes d'exonération de la responsabilité administrative », *Op cit.* p.1392.

²*Ibid.*

³ Voir à cet effet : L'Arrêt n°04/CC/CM du 15 Juin 2020 de la Cour constitutionnelle du Niger.

⁴ J-Ch. JOBART, « La notion de constitution chez Aristote », *RFDC*, vol.1, n° 65, 2006, pp. 97-143.

⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^E Edition Dalloz 2017-2018.

Le Lexique des termes juridiques considère la Constitution au sens formel comme un acte juridique suprême de l'État consignant les règles constitutionnelles au sens matériel. Si sa modification obéit à une procédure plus solennelle que la procédure législative ordinaire (ex. :

autres normes juridiques produites et applicables dans l'ordre juridique national. Cette suprématie est généralement assurée par des mécanismes de contrôle de constitutionnalité assurés soit par les juges ordinaires, soit par un juge spécialisé¹. Sous l'angle substantiel, la constitution contient deux types de règles ; certaines sont relatives au fonctionnement des institutions, d'autres concernent les droits garantis aux individus². Il désigne encore un ensemble de règles concernant l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés des citoyens³. Dans ce sens, elle organise les compétences au sein de l'État c'est-à-dire la dévolution et l'exercice du pouvoir⁴. La constitution désigne l'instrument juridique dont se dote tout État à fin d'orienter le fonctionnement des institutions et, de garantir les droits fondamentaux aux citoyens. En tant que norme fondamentale, norme de référence ou base de référence⁵, la constitution pose les bases de toute réalité juridique dans un Etat, et quelques fois, prévient la survenance des faits non encore existants ou imprévus qui pourraient perturber l'observance normale de la légalité ordinaire. C'est la fonction de prévision du droit, notamment du texte constitutionnel. Pourtant cette fonction de complétude prévisionnelle semble ne pas être totalement assurée par les constitutions d'Afrique francophone, laissant *de facto* une marge à l'imprévu.

L'apparition de la récente crise sanitaire a révélé des lacunes dans les corpus juridiques de nombreux Etats relativement à la gestion des situations imprévues. Les Etats africains ne sont pas épargnés, surtout ceux d'expression francophone qui constituent une préoccupation particulière ici⁶. Devant la difficulté que

majorité qualifiée, référendum), on est en présence d'une constitution rigide. Par opposition, une constitution est dite souple si elle peut être révisée dans des conditions identiques à ou proches de la procédure législative ordinaire

¹ B. MATHIEU, « Qu'est-ce que la constitution ? », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/print/16617.htm>

² S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e Edition Dalloz, *Op Cit*.

Au sens matériel : ensemble des règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'État (unitaire ou fédéral notamment), l'organisation de ses institutions, la dévolution et les conditions d'exercice du pouvoir y compris le respect des droits fondamentaux

³ L. FAVOREU ; P.GAÏA ; R. GHEVONTIAN ; J-L MESTRE ; O. PFERSMANN ; A. ROUX ; G. scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2018, p.81.

⁴ J-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politéa*, 2007, p.2 et S.

⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémisdroit 1998, p.258

⁶ Dans le cadre cette étude, quelques Etats francophones ont été retenus, il s'agit notamment du Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Djibouti, Sénégal, RDC, Tchad.

plusieurs d'entr'eux ont éprouvé pour trouver un socle juridique permettant de réagir contre la pandémie du Covid-19, que certains juges hésitent à qualifier de force majeure¹, la préoccupation de l'aménagement de l'imprévu en général et singulièrement de la force majeure dans les constitutions des Etats choisis, ceux de l'Afrique francophone, trouve une pertinence actuelle. Cette réalité est d'autant plus poignante que certains des États prennent des mesures restrictives de droits fondamentaux et libertés publiques sans un jalon juridique approprié² ou en se fondant sur des bases discutables. *A contrario* et à titre de droit comparé, la lecture de la constitution française révèle l'aménagement d'« un État d'urgence sanitaire », vocabulaire ou réalité juridique totalement ignorée ou absente des constitutions des Etats francophones d'Afrique pourtant considérés comme des reproducteurs du droit d'inspiration française. Toutefois, en France comme dans les Etats francophones d'Afrique, l'imprévu et notamment la force majeure n'a pas connu un sort prodigieux ; cela est justifié par la rareté des études en droit constitutionnel sur la thématique de la force majeure. La rareté d'études en droit constitutionnel relevée, suscite et captive la curiosité du juriste. Circonstance exceptionnelle³, la force majeure ne peut pas aisément être assimilée aux autres circonstances exceptionnelles qui nourrissent de nombreuses études en droit constitutionnel.

¹ Selon le juge constitutionnel nigérien, la pandémie du Covid-19 présente toutes les caractéristiques d'un cas de force majeure qui autorise la fermeture des frontières (aériennes et terrestres) et la suspension des missions à l'extérieur. Lire à cet effet : l'Arrêt n°4/cc/MC du 15 Juin 2020.

² Certains États comme le Cameroun, ont pris des mesures restrictives de libertés sans définir le cadre juridique qui justifiait la prise de ces mesures. Ce fait relève-t-il du hasard ? En réalité, la constitution camerounaise prévoit deux situations qui justifient la restriction des droits et libertés des citoyens : l'état d'urgence et l'état d'exception. L'on ne peut être édifié en allant s'abreuver à l'article 9 de ladite constitution qui stipule en ces termes :

« Le Président de la République peut, lorsque les circonstances l'exigent, proclamer par décret, l'état d'urgence qui lui confère des pouvoirs spéciaux dans les conditions fixées par la loi.

Le Président de la République peut, en cas de péril grave menaçant l'intégrité du territoire, la vie, l'indépendance ou les institutions de la République, proclamer, par décret, l'état d'exception et prendre toutes mesures qu'il juge nécessaires. Il en informe la Nation par voie de message ».

³ T. HONG-NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne 27 Mai 2013. L'auteur aboutit au constat d'une pluralité d'exception et y intègre la force majeure. P.19.

Circonstance inattendue, la force majeure trouble le système juridique entier et perturbe les rapports humains, à tel point qu'il devient ardu de rendre à chacun selon son dû lorsqu'un facteur inattendu s'ajoute à un fait juridique¹. Événement imprévu, la force majeure perturbe la stabilité juridique dans la mesure où elle oblige à édicter des mesures initialement non aménagées². La force majeure peut mettre à mal la sécurité juridique parce qu'elle déjoue les prévisions juridiques et brise la confiance des citoyens³. On aura compris que la gestion de l'imprévu conduit à la rupture de l'égalité des citoyens, en ce qu'il oblige de poser des solutions juridiques qui varient d'un cas à un autre cas identique. De telles situations entravent la régulation juridique du temps social car l'anticipation et la promesse ne sont pas observées⁴.

Au rebours des développements qui précèdent, la préoccupation principale ici, est celle de savoir *quel aménagement les constituants des Etats francophones d'Afrique font-ils de la force majeure ?*

La réponse à la question posée oblige d'examiner l'ensemble des dispositions constitutionnelles des Etats francophones d'Afrique, ce qui justifie l'emploi de l'exégèse juridique comme orientation méthodologique principale. Méthodologie du positivisme juridique, qui permet d'appréhender le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être⁵, l'exégèse quant à elle tente de faire l'inventaire de l'aménagement de l'imprévu, à partir de la force majeure observée dans les Constitutions des États d'Afrique francophone avant de l'apprécier. La méthode

¹ F. BOUSCAU (sous la Dir.) A. BABIN ; R. BOUADI et D'Autres « Le droit bousculé par l'imprévu », *Revue juridique de l'Ouest, Op Cit.*

² La prévision juridique permet de réduire l'instabilité juridique et les inégalités. En effet l'aménagement prévisionnel d'un comportement par le droit permet d'éviter d'appliquer des solutions différentes à des cas identiques. On peut le constater, l'imprévu recèle le risque de conduire à la fois à une instabilité juridique et à l'insécurité juridique. S'il faille à chaque fois improviser des règles de droit pour parer à des situations non saisies par le droit, le risque de rupture d'égalité dans le solutionnement juridique desdits imprévus est fort important.

³ D. ROUSSEAU ; P.Y. GAHDOUN. J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Lextenso 2016, p.671.

On peut le constater, l'imprévu recèle le risque de conduire à la fois à une instabilité juridique et à l'insécurité juridique. S'il faille à chaque fois improviser des règles de droit pour parer à des situations non saisies par le droit, le risque de rupture d'égalité dans le solutionnement juridique desdits imprévus est fort important.

⁴ J-L. BERGEL, *op.cit* , p.144. la promesse selon BERGEL traduit la capacité de la société à créditer l'avenir et à s'y engager par des anticipations normatives qui en baliseront le déroulement. Ainsi la société s'approprie son avenir en le garantissant contre l'imprévisible.

⁵ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, Coll. Leviathan, 2011, p.20.

exégétique sera associée à la casuistique¹ afin de permettre au juge, à travers ses décisions, de combler ou corriger les lacunes des textes normatifs².

L'étude de l'aménagement de la force majeure dans les constitutions d'Afrique francophone donne à constater un aménagement superficiel (I) et insuffisant de la force majeure par les constituants (II).

I. Un aménagement superficiel de la force majeure

Les constitutions des États francophones d'Afrique connaissent la force majeure, du moins certaines³ la consacrent. Cette consécration, quand bien elle existe, prend une apparence superficielle. D'entrée de jeu, notion non définie par les constituants des États francophones d'Afrique, la force majeure est difficilement cernable au regard des constitutions car, les Constitutions sont peu expressives à son sujet. Une telle réalité permet d'affirmer le caractère résiduel de la construction de la notion de force majeure aménagée par les constituants (A). Cette difficulté rencontrée par les constituants africains à appréhender la notion de la force majeure à justifier l'aménagement limité des effets de la force majeure (B).

A. Une construction résiduelle de la notion de force majeure dans les Constitutions d'Afrique francophone

L'aménagement constitutionnel de l'imprévu et singulièrement de la force majeure en Afrique francophone est résiduel. Il faut reconnaître que la force majeure ne connaît pas une fortune heureuse dans l'architecture des dispositions constitutionnelles. En réalité, l'évocation du concept de force majeure dans les Constitutions des États francophones d'Afrique est rare, parfois inexistante dans les Constitutions de certains États de l'Afrique francophone. On aboutit de ce fait à une affirmation à teinte variable de la force majeure en Afrique francophone (1).

¹ *Ibid.*, p. 19. Les libéraux estiment que s'il y a des lacunes dans le droit, ces lacunes sont résolues par les juges à l'occasion des cas qui leur sont soumis ; et les juges pourraient produire discrètement des normes ayant un caractère rétroactif.

² M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op cit.*, p.20.

³ Quelques Constitutions des États francophones consacrent la force majeure. Au nombre de celle-ci, on peut énumérer celle du Bénin, du Burkina-Faso (suspendue), du Congo, du Gabon, de la RDC, du Sénégal, du Tchad (suspendue). Plus de développements seront faits *infra*.

De plus, à côté de la consécration à deux vitesses de la force majeure en Afrique francophone, les constituants des États de cet espèce, non seulement ne donnent aucune définition de celle-ci, mais facilitent pas la distinction de la force majeure des autres circonstances exceptionnelles ; ce qui induit à affirmer une conception imprécise de la force majeure (2).

1. L'affirmation à teinte variable de la force majeure dans les Constitutions de l'espace francophone d'Afrique

Les droits constitutionnels¹ des États d'Afrique francophone consacrent ou reconnaissent la force majeure de différentes manières. Si, dans la plupart des cas, cette affirmation est le fait des juges constitutionnels, elle est aussi faite par les Constitutions. Relativement à ces dernières, notamment celles d'Afrique noire francophone, on y constate une affirmation à teinte variable de la force majeure. Certaines Constitutions sont silencieuses sur la consécration de la force (a), tandis que d'autres ont font une timide évocation (b).

a. La non-évocation de la force majeure par certains constituants

Toutes les constitutions de l'Afrique francophone ne consacrent pas expressément la notion de force majeure ; certaines ne l'évoquent carrément pas. Elles restent totalement muettes ou silencieuses à propos de la force majeure. C'est donc un aménagement inexistant de la force majeure en particulier et de l'imprévu en général de la part des constituants de certains Etats francophones d'Afrique. Au nombre de ces derniers, les constituants algériens, camerounais, centrafricains, ivoiriens, djiboutiens, maliens² nigériens et togolais sont des figures de proue dans le non aménagement dans la constitution de la notion de force majeure. La non-apparence dans le corpus constitutionnel suscite deux points de réflexion : l'une portant sur la possible non-reconnaissance de la force majeure, l'autre sur la complétude prévisionnelle du texte constitutionnel³. S'agissant du dernier point, celui sur le caractère exhaustif des *instrumentas* constitutionnels des Etats n'ayant pas formellement aménagé

¹ J. OWONA, *Droits constitutionnels et institutions politiques du monde contemporain*, L'Harmattan, Paris, 2010, coll. Droits africains et Malgaches, 730 p.

² Référence est faite ici à la dernière Constitution malienne suspendue à la suite du dernier coup d'Etat.

³ Voir à ce propos M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, Coll. Levithan, Juin 2011, 294 p. Dans le chapitre sur « *Le dogme de la complétude* », le professeur TROPER considère la complétude comme une thèse selon laquelle un système juridique serait complet, ne présentant aucune lacune. P.19.

une disposition constitutionnelle liée à la force majeure, il sera prétentieux d'affirmer qu'une constitution puisse prévoir des dispositions sur tout, tout prévoir, à moins d'être dans la posture du « *dogme* » de la *complétude*¹ qui semble, sauf erreur de notre part, celle du professeur Jacques ROBERT, pour qui le droit constitutionnel devrait parfaitement prévenir les crises et mettre sur pied des procédures et mécanismes propres à dénouer les situations de crise. Mais observe-t-il, les constitutionnalistes ont porté peu d'intérêt à ces phénomènes de crise qu'il trouve urgent à résoudre pour assurer la continuité de l'Etat². Si la vocation première de la constitution est d'aménager les grandes lignes de l'organisation des pouvoirs et l'encadrement des droits fondamentaux, la constitution d'un Etat ne saurait tout prévoir, elle serait alors une donnée statique. Or le texte constitutionnel n'est pas une parole figée pour l'éternité³, où tout peut avoir été prévu. Pourtant, il est établi avec Georges VEDEL que « *la nécessité engendre les constitutions, le hasard les fait vivre* »⁴. À en croire cet auteur, il est avéré qu'il y aura toujours une dose d'imprévisibilité qui consolide l'imprévu. L'argument de la complétude ne peut prospérer pour justifier l'absence de consécration de la force majeure par les constituants sus-évoqués.

Quant à la possible non-reconnaissance due à l'absence d'apparition de la notion de force majeure dans les Constitutions algérienne, camerounaise, centrafricaine ivoirienne, djiboutienne, malienne, nigérienne et togolaise, il faut observer que la non-présence du concept de force majeure dans ces constitutions n'entraîne pas systématiquement la non-consécration de cette réalité dans l'ordre constitutionnel de ces États. Les juges constitutionnels peuvent affirmer la force majeure pour suppléer aux limites ou manquements observés dans les Constitutions. À titre d'illustration à ce sujet, on peut convoquer la Cour constitutionnelle du Niger qui, alors que la constitution est silencieuse sur la force majeure, l'a consacré. En effet dans sa décision du 15 Juin

¹ Pour les partisans de la thèse de la complétude que Troper considère de « *dogme de la complétude* », tout ordre ou système juridique règle nécessairement la totalité des conduites humaines. Selon ce dernier, c'est un système qui n'admet aucune lacune ou tout est prévu, réglé d'avance.

² J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 42, n°2, Avril-Juin 1990, pp.751-764.

³ P. WAFU TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, Etudes Africaines, 2018, p.128.

⁴ G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n°50, 1989, pp.15-30.

2020, a non seulement défié la force majeure, mais qualifié la pandémie du Covid-19 comme un cas de force majeure¹.

Alors, on le constate, par l'intervention du juge constitutionnelle nigérien, que certaines constitutions de l'Afrique francophone à cause de la non-évocation de la force majeure, participent à l'affirmation à teinte variable de celle-ci. Cette variabilité est réalisée par la convocation timide de la force majeure par quelques constituants

b. La convocation timide de la force majeure par quelques constituants

La force majeure comme imprévu, connaît un aménagement discret ou timide dans certaines autres constitutions. Il faut l'admettre, quelques constitutions d'Afrique francophone consacrent expressément la force majeure, même si cette consécration est discrète². Le constituant béninois énonce par exemple, que : « *Les séances de l'Assemblée ne sont valables que si elles se déroulent au lieu ordinaire de ses sessions, **sauf cas de force majeure** dûment constaté par la Cour Constitutionnelle* »³. L'on découvre une pareille analogie chez le constituant gabonais qui relève, à cet effet :

« ...En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, le scrutin pour l'élection du

¹ Arrêt n°04/CC/ MC du 15 Juin 2020. La Cour constitutionnelle du Niger affirme que : « *Considérant qu'il a été démontré plus haut que la pandémie du Covid-19 constitue un cas de force majeure ne permettant pas aux nigériens de la Diaspora d'être enrôlés dans les délais utiles au fichier électoral national biométrique ;*

Considérant que la force majeure consécutive au Covid-19 a mis les électeurs de la Diaspora dans une situation différente des autres électeurs résidant sur le territoire national ; que traiter de manière différente des citoyens se trouvant dans des situations différentes n'est pas une discrimination en soi, du moment où le non enrôlement imposé par la force majeure est temporaire et ne vise pas à priver définitivement ou durablement les citoyens de la Diaspora de leur droit d'être électeurs et éligibles (...)

Que dès lors, le fichier électoral national biométrique ne comportant pas les listes des ambassades et/ou des consulats demeure valide ».

² La discrétion réside ici au nombre d'occurrences de l'usage de vocabale « force majeure » dans les Constitutions qui la consacre. A titre d'illustration, on a pu identifier pour la Constitution de la RDC, 1 occurrence à l'article 76 ; 2 occurrences pour celle suspendue du Burkina faso, aux articles 15 et 89 ; 1 occurrence pour la Constitution du Bénin, à l'article 86 ; 1 occurrence pour la Constitution du Gabon, à l'article 13 ; 2 occurrences pour la Constitution du Sénégal, aux articles 5 et 68 ; 2 occurrences pour la Constitution tchadienne suspendue, aux articles 123 et 136 ; 2 occurrences pour la Constitution du Congo, aux articles 65 et 79.

³ Article 86 de la Constitution béninoise.

*nouveau Président a lieu, **sauf cas de force majeure** constatée par la Cour constitutionnelle, trente jours au moins et quarante-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou de la déclaration du caractère définitif de l'empêchement »¹.*

Outre les constituants béninois et gabonais, d'autres affirment de manière explicite la présence de la force majeure dans l'ordre constitutionnel des Etats francophones d'Afrique. On peut tour à tour convoquer les cas des constituants de la RDC², burkinabés³, sénégalais⁴, tchadiens⁵ et congolais⁶. « sauf cas de force majeure », formule retenue pour intégrer la force majeure dans le dispositif constitutionnel en Afrique francophone, sans toute autre forme d'explications. L'emploi timide de l'expression « force majeure » par les constituants des Etats examinés pourrait connoter l'attitude de prudence qui est leur à aménager un véritable régime dérogatoire à tout imprévu. Il ressort néanmoins de ce qui précède que, les constituants du Bénin, du Congo, du Gabon, de la RDC, du Sénégal ont accordé une place, fût-elle infinie, dans leur aménagement constitutionnel à l'imprévu, à la force majeure ; bien que la conception de cette notion par ces constituants soit restée imprécise.

2. La conception imprécise de la force majeure les constituants d'Afrique francophone

Les Constitutions d'Afrique francophone, précisément celles du Bénin, du Congo, du Gabon, de la RDC, du Sénégal, reconnaissent certes la force majeure comme imprévu, mais n'en précise pas le sens. La conséquence est une conception imprécise de la notion de force majeure par les constituants évoqués. Il n'est pas vain de rappeler que le parcours des constitutions d'Afrique francophone ne permet pas de formuler ou d'identifier une définition à la force majeure. Il faut d'ailleurs admettre que très peu d'ouvrages et manuels de droit

¹ Cf. L'article 13 de la Constitution gabonaise

² Article 76 de la Constitution de la RDC : « ... *En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, l'élection du nouveau Président de la République a lieu, sur convocation de la Commission électorale nationale indépendante, soixante jours au moins et quatre-vingt-dix jours au plus, après l'ouverture de la vacance ou de la déclaration du caractère définitif de l'empêchement.*

En cas de force majeure, ce délai peut être prolongé à cent vingt jours au plus, par la Cour constitutionnelle saisie par la Commission électorale nationale dépendante. »

³ Articles 15 et 89 de la Constitution burkinabé suspendue

⁴ Articles 5 et 68 de la Constitution du Sénégal

⁵ Articles 123 et 136 de la constitution tchadienne suspendue en 2020.

⁶ Articles 65 et 79

constitutionnel en proposent une ; la cause résiderait à l'aménagement superficiel et la construction résiduelle de la force majeure par les constituants. Hormis l'absence définition de la force majeure par les Constitutions d'Afrique francophone, l'identification introuvable des faits constitutifs de force majeure (a) et la démarcation absente de la force majeure des autres circonstances exceptionnelles (b) consolident la conception imprécise de la force majeure.

a- L'identification introuvable des faits constituant la force majeure

Au terme de la lecture des Constitutions d'Afrique francophone, il est difficile sinon impossible de d'identifier un fait ou évènement qualifiable de force majeure car, dans l'aménagement constitutionnel, l'identification des faits constitués de force majeure est introuvable. On l'a vu, *supra*, les constituants se sont arrêtés à consacrer la possibilité de survenance de la force majeure ; ce qui contribue à maintenir imprécise la conception de la force majeure imprécise au regard des Constitutions. En effet, aucun fait ou évènement n'est d'emblée qualifié de force majeure dans les Constitutions de l'espace francophone d'Afrique. Ce manque de précision dans l'identification des faits et évènements pouvant être qualifiés de force majeure trouve sa justification. Sans être dans l'esprit des constituants concernés, on peut voir, dans l'abstention des constituants à procéder à une identification exhaustive des faits et évènements pouvant constituer des cas de force majeure, une volonté prévisionnelle de ne pas écarter un fait futur, non intégré dans l'énumération, qui manifestement pourrait être un cas de force majeure. En vérité, il est difficile d'identifier au les évènements pouvant être des cas de force majeure. Il s'agit là d'un « terrain inconnu, où la distinction entre les évènements naturels de force majeure et les agissements de l'humanité s'avère difficile »¹. Aussi, on considère en général, même en droit français, que la force majeure ne se décrète pas par un texte juridique², chaque cas devant s'apprécier in concret au regard de toutes les circonstances particulières de la survenance de l'évènement concerné³. Cependant, cette absence de clarté dans

¹ IGF, « Force majeure et Covid-19 : une arme à double tranchant juridiquement risquée », <https://www.iisd.org>, (Consulté, le 10 octobre 2021).

² J. HEINICH, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision*, D.2020.Chron.p.611.

³ F. ZHOU, *La force majeure en matière contractuelle : étude comparée des droits chinois, français et allemand*, Mémoire de Master droit comparé des affaires, Université Paris 2 Panthéon-Assas 2021, p.12.

l'identification des cas de force majeure laisse, d'une part, un large spectre pour intégrer n'importe quel évènement dans le champ de la force majeure et, d'autre part, d'important pouvoir à l'autorité ou à l'organe habilité à constater l'existence d'un cas de force majeure en droit constitutionnel. Le risque qui peut en découler est la fragilisation de la protection des droit fondamentaux parce que l'existence d'une force majeure peut produire des effets restrictifs sur les droits fondamentaux et les libertés publiques des citoyens. Si les Constitutions d'Afrique francophone ne permettent pas d'identifier les cas de force majeure, sont habituellement considérés de force majeure la catastrophe naturelles comme les tremblements de terre, les inondations, les tempêtes, la tornade, les sécheresses et d'autres catastrophes naturelles. Dans le registre de cas de force majeure il y également les épidémies et les pandémies comme Covid-19¹, les mouvements de troubles sociaux, les guerres, les grèves, les insurrections et bien d'autres.

Il apparait *in fine* que les constituants des États d'Afrique francophone bien qu'ayant admis la force majeure, n'ont pas profilé la conception de celle-ci dans les Constitutions ; ce qui laisse subsister une confusion totale entre la force majeure et les autres circonstances exceptionnelles.

b- La démarcation absente de la force majeure des autres circonstances exceptionnelles

La conception imprécise de la notion de force majeure se trouve fortifiée par la démarcation absente entre la force majeure et les autres circonstances exceptionnelles. La revue des dispositions des Constitutions d'Afrique francophone ne permet pas de différencier clairement les faits constitutifs de force majeure des faits pouvant être à l'origine des autres situations d'exception². Une situation d'exception est une situation dérogatoire à une règle générale³ ou

¹ Cf. L'arrêt n°04/CC/MC du 15 Juin 2020 de la Cour constitutionnelle du Niger.

² Pour M. TROPER, l'exception est une situation simplement différente de la situation normale, une situation qui justifie la mise en œuvre des règles particulières. Il estime que parfois, que l'état d'exception est une situation dans laquelle l'exception devient la règle et que l'état d'exception est une suspension du droit défini par les instruments juridiques.

³ L. FAVOREU ; P.GAÏA ; R. GHEVONTIAN ; J-L MESTRE ; O. PFERSMANN ; A. ROUX ; G. scoffoni, *Droit constitutionnel*, DALOZ 2018,p. 77.

à la circonstance normale et qui justifie l'application d'une légalité particulière¹. Il faut le reconnaître, en dépit de la nature du régime parlementaire ou présidentiel la « théorie des pouvoirs de crise a acquis droit de cité »² en Afrique francophone, et les constituants ont prévu des mécanismes constitutionnels de crise³. Cette position est aussi celle du professeur Jacques ROBERT⁴. Un survol des Constitutions d'Afrique francophone permet de constater que les constituants de cette zone ont aménagés certaines situations de crise⁵, qui sont difficilement distinctes de celles pouvant créer la force majeure. La survol des constitutions des Etats de l'espace francophone d'Afrique permet de relever un nombre pluriel de situations de crise ; il s'agit notamment de l'état d'urgence⁶, l'état d'exception⁷, l'état de siège⁸, l'état de mise en garde⁹, état de guerre ou déclaration de guerres¹⁰, de l'état d'alerte¹¹. A la vérité, on constate également après lecture que, les évènements ou causes pouvant conduire à la déclaration de l'une des situations de crise énumérées sont pas licitement identifiés. Les constituant de l'espace investigué font usages des expressions dont le sens et la signification

¹ E. CH. LEKENE DONFACK, « Les sources juridiques de la législation d'exception en République fédérales du Cameroun », *Revue Camerounaise de Droit*, Série 2. n° 15 et 16, 1978, pp. 13-22.

² *Ibid.*

³ J. OWONA, « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *Revue Camerounaise de Droit*, n° 8, 1975, pp.104-123.

⁴ J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42 n°2, Avril-Juin 1990, pp.751-764. Pour le professeur Jacques ROBERT, le droit constitutionnel peut parfaitement prévenir les crises et mettre sur pied des procédures et mécanismes propices à leur dénouement.

⁵ Selon G. CORNU dans son *Vocabulaire juridique*, (Association Henri CAPITANT, *op cit.* p.288), une crise désigne « une situation troublée (...) qui, en raison de sa gravité, justifie des mesures d'exception ».

⁶ Voir les articles 57, 98, 101 de la Constitution du Bénin ; article 157 de la Constitution du Congo ; article 9 alinéa 1 de la Constitution du Cameroun ; article 71 de la Constitution ivoirienne ; article 62 de la Constitution de Djibouti ; article 42 de la Constitution de Guinée équatoriale ; articles 61, 85, 119, et s de la Constitution de RDC ; articles 105, 106 de la Constitution algérienne ; articles 25, 47, 50, 52 de la Constitution du Gabon ; article 99 de la Constitution du Niger ; articles 69, 72 de la Constitution du Sénégal ; articles 81, 84 de la Constitution du Togo ; articles 44, 80 de la Constitution de la RCA.

⁷ C'est le cas des Constitutions du Cameroun, de l'Algérie, Guinée équatoriale.

⁸ Cas de l'Algérie, du Bénin, Congo, de la Côte-D'Ivoire, Djibouti, Gabon, Guinée équatoriale, Niger, Sénégal, Togo, de la RCA.

⁹ A titre d'exemple du Gabon aux articles 47 et 50 de la Constitution ; la RCA à l'article 80 de la Constitution.

¹⁰ Cas du Bénin à l'article 101 de la Constitution et le cas de la RDC à l'article 219 de la Constitution.

¹¹ Cas unique de la RCA à l'article 80 de la Constitution.

concrète restent à rechercher. C'est que l'on note l'emploi des vocables tels que : « péril grave », « menace graves », « circonstances exceptionnellement graves », « lorsque les circonstances l'exigent », « en cas de nécessité ». S'il est admis que ces expressions constitutives de circonstances exceptionnelles entraînent l'ouverture d'une période exceptionnelle, il est à reconnaître leur consistance spécifique par rapport à la force majeure demeure obscure. En réalité, certaines circonstances ci-avant énumérées peuvent trouver leur source dans la survenance des cas de force majeure et justifier la mise en œuvre de l'un des états de crise précédant ou l'urgence¹ et la nécessité de prendre des mesures exceptionnelles pour parer le cas de force majeure. Cette absence de démarcation de la force majeure des autres situations de crise dans les Constitutions parachève la conception imprécise de cette notion. La confirmation d'une conception imprécise de la notion de force majeure atteste certainement de la construction résiduelle de la notion de force majeure et par extension d'un aménagement superficiel de la force majeure dans les Constitutions des Etats d'Afrique francophone. Par ailleurs, le caractère superfétatoire de l'aménagement de la force majeure se consolide à travers la prévision limitée des effets de la force par les constituants d'Afrique francophone.

B. Une prévision limitée des effets de la force majeure dans les constitutions d'Afrique francophone

Les constitutions des Etats d'Afrique francophone qui consacrent la force majeure, tendent à limiter les effets de celle-ci à des cas expressément identifiés, alors même que l'identification des différentes situations de force majeure n'a pas été effectuée. L'aménagement de la force majeure dans les constitutions examinées paraît ainsi paradoxal car les constituants n'ont pu définir la force majeure, faire un éventail de situations considérées comme telle, mais ont été à mesure de tirer un certain nombre d'effets de la force dans des circonstances spécifiques. Ainsi, l'examen minutieux des constitutions des Etats d'Afrique permet l'observation suivante : la force majeure est une cause de dérogation à

¹ Le professeur J. ROBERT (« Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42 n°2, Avril-Juin 1990, pp.751-764) considère l'urgence au sens large comme un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable. Constitutionnellement parlant, il retient trois types d'urgence, celle qui naît des destinées individuelles, celle qui justifie la nécessité d'accélération des procédures classiques, et celle qu'imposent les faits extérieurs.

l'application de la norme de principe ; elle justifie la mise en œuvre temporaire d'une norme d'exception pour corriger les lacunes de la norme de principe, inapte à endiguer la situation de crise ou la circonstance exceptionnelle¹. Proche de ce dernier constat, un autre se dégage de la lecture des Constitutions des Etats francophones d'Afrique, celui de la limitation de l'effet dérogoire de la force majeure à des cas précis (1), ignorant *ipso facto* les autres effets possibles pouvant découler d'une situation de la force majeure (2).

1- La limitation casuelle expresse de la dérogoire à la norme habituelle

Parvenu à ce stade dans la présente réflexion, dire que la force majeure entraîne un régime dérogoire nous semble un rappel ; convient-il encore de préciser que l'effet dérogoire de cette dérogoire est restreint à des cas limités par les constituants des Etats d'Afrique francophone. S'il est constant, pour cas de force majeure, de remarquer la suspension de la norme habituelle relativement à l'observation de certains délais (a), les Constitutions des Etats francophones africains ont prévu comme autre effet dérogoire de la force majeure la tenue exceptionnelle des réunions de certaines institutions constitutionnelles en dehors de leur siège et la privation de la jouissance d'un bien (b).

a- La dérogoire aux délais de principe

La suspension de la norme habituelle suite à la survenance d'un cas de force majeure est matérialisée par l'inobservation des délais de principe en matière de gestion de la vacance, la suppléance des Chefs d'Etat, d'élection² et de dépôt de la loi de finances. Cette dérogoire est de manière générale marquée par la prorogation des délais dans les trois champs identifiés. Relativement aux délais d'organisation des élections afin d'élire le nouveau Président de la République en cas de vacance, la majorité des Constitutions qui affirment la force majeure, a

¹ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op cit.*, pp.100-101. Le professeur M. TROPER estime qu'une situation d'exception, comme la force majeure, est une situation simplement différente de la situation normale, et justifie par conséquent la mise en œuvre des règles différentes des règles habituelles.

² A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », *op cit.* p.61. Pour le doyen Alain ONDOUA, les cas de force majeure attachés à la vacance, la suppléance, la dissolution ou abrèvement du mandant parlementaire, sont constitutive de cas de nécessité visant à garantir la continuité des pouvoirs publics.

amenagé la possibilité de proroger les délais de règle prévus par ces Constitutions en cas de force majeure. Ainsi, d'après le constituant congolais, «le Président de la République est élu pour un mandat de cinq (5) ans renouvelable deux (2) fois. Le Président de la République reste en fonction jusqu'à la fin de son mandat qui, sauf cas de force majeure reconnue et déclarée par la Cour constitutionnelle, doit coïncider avec la prise de fonction effective de son successeur élu¹ (...).

Lors de son entrée en fonction, le Président de la République par intérim prête le serment prévu à l'article 77. L'intérim ne peut excéder quatre-vingt-dix (90) jours. L'élection du nouveau Président de la République a lieu, sauf cas de force majeure dûment constatée par la Cour constitutionnelle, quarante-cinq (45) jours au moins et quatre-vingt-dix (90) jours au plus suivant l'ouverture de la vacance²». Cette logique est celle du constituant gabonais³, du constituant de la République Démocratique du Congo⁴.

Il sied de relever en outre que la vacance du Président de la République et la matière électorale ne sont pas les seuls domaines pouvant bénéficier de la prorogation des délais suite à un cas de force majeure, l'examen de la loi des finances l'est aussi. Le constituant sénégalais énonce à juste titre que : « Si, par suite d'un **cas de force majeure**, le Président de la République n'a pu déposer le projet de loi de finances de l'année en temps utile pour que l'Assemblée dispose, avant la fin de la session fixée, du délai prévu à l'alinéa précédent, la session est

¹ Lire à cet effet : l'article 65 de la Constitution de la RDC

² Lire l'article 79 de la Constitution du Congo

³ Lire à cet effet : l'article 13 de la Constitution du Gabon : « ...*En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, **sauf cas de force majeure** constatée par la Cour constitutionnelle, trente jours au moins et quarante cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou de la déclaration du caractère définitif de l'empêchement* ».

⁴ Cf. L'article 76 de la Constitution de la RDC : « *En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, l'élection du nouveau Président de la République a lieu, sur convocation de la Commission électorale nationale indépendante, soixante jours au moins et quatre-vingt-dix jours au plus, après l'ouverture de la vacance ou de la déclaration du caractère définitif de l'empêchement.*

***En cas de force majeure**, ce délai peut être prolongé à cent vingt jours au plus, par la Cour constitutionnelle saisie par la Commission électorale nationale dépendante »*

immédiatement et de plein droit prolongé jusqu'à l'adoption de la loi de finances »¹.

De ce qui précède, on retient que deux champs bénéficient de la dérogation de la norme habituelle suite à un cas de force majeure, précisément ici la prorogation des délais. L'évènement de crise ne crée pas dans ce cas une urgence à agir, mais nécessite plutôt un temps supplémentaire pour y palier. Par ailleurs, d'autres domaines limitatifs ont été retenus par les Constitutions de l'Afrique francophone pour bénéficier des effets dérogatoires de la force majeure ; il s'agit notamment de la dérogation des tenues des sessions des organes institutionnels dans leur siège et la privation de jouissance.

b- La dérogation des tenues des sessions des parlements dans leur siège et la privation de jouissance

On compte au nombre des domaines connaissant les effets de la force majeure, aménagées par les Constitutions des Etats d'Afrique francophone le siège des institutions constitutionnelles et la propriété. S'agissant premièrement du siège des institutions constitutionnelles, les constitutions ayant consacré la force majeure, posent l'obligation pour certaines institutions constitutionnelles de tenir leurs réunions dans le lieu habituel ou dans leur siège. Mais, la survenance d'un cas de force majeure peut, exceptionnellement, permettre la dérogation à cette exigence de règle. Ainsi, le constituant béninois affirme : « les séances de l'Assemblée ne sont valables que si elles se déroulent au lieu ordinaire de ses sessions, sauf cas de force majeure dûment constaté par la Cour Constitutionnelle »². Les Constitutions burkinabé³ et tchadiennes⁴, toutes deux suspendues, ont épousé la logique du constituant béninois. En temps normale, la validité des délibérations des assemblées parlementaires est acquise uniquement si ces délibérations ont été faites dans le lieu habituel de tenue des séances, que certaines Constitutions considèrent de siège. En dehors de ce lieu,

¹ Article 68 de la Constitution du Sénégal. Voir également l'article 136 de la Constitution suspendue du Tchad.

² Lire l'article 86 de la Constitution du Bénin.

³ Lire l'article 90 de la Constitution burkinabé suspendue : « *Sauf cas de force majeure constatée par le Conseil constitutionnel, les délibérations de l'Assemblée ne sont valables que si elles ont eu lieu dans l'enceinte du Parlement* ».

⁴ L'article 123 de la Constitution suspendue du Tchad : « Les séances de l'Assemblée Nationale ne sont valables que si elles se déroulent au lieu ordinaire de leurs sessions, sauf cas de force majeure ».

toute délibération d'une assemblée parlementaire perd toute validité. Cette règle connaît une exception justifiée par la survenance d'un cas de force majeure ; par conséquent, il est autorisé aux assemblées parlementaires, au nom de la force majeure, de siéger et de délibérer.

De même, le constituant burkinabé a admis un champ où la force majeure pouvait produire un effet dérogoire ; il s'agit de la jouissance d'un bien. Pour ce dernier, « le droit de propriété est garanti. Il ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui. Il ne peut y être porté atteinte que dans les cas de nécessité publique constatés dans les formes légales. Nul ne saurait être privé de sa jouissance si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une juste indemnisation fixée conformément à la loi. Cette indemnisation doit être préalable à l'expropriation, sauf cas d'urgence ou de force majeure »¹. La force majeure devient pour le constituant burkinabé une raison exceptionnelle à l'indemnisation préalable suite à une expropriation affectant la propriété d'autrui.

On note de ce qui précède que les Constitutions des Etats d'Afrique francophone sont enclin à limiter les effets de la survenance d'une situation de force majeure à l'admission des dérogations relatives à l'applications de quelques dispositions constitutionnelles et non à l'ensemble des dispositions des Constitutions. Peut-on y voir en cela une attitude de prudence ou une volonté de contenir les cas d'application d'une légalité d'exception ! possible. Cette limitation des effets dérogoires de la force majeure peut-elle être considérée comme une tentative de démarcation de la force majeure des autres circonstances de crise ! une chose est certaine, la limitation des effets de la force majeure à certains cas expressément identifié, renforce l'idée de prévention limitée des effets de la force majeure. La force majeure en droit constitutionnel produit des effets qui vont largement au-delà de ceux aménagés par les Constitutions des Etats d'Afrique francophone.

2- Le dépassement des effets aménagés

Circonstance imprévue, la force majeure peut produire des effets qui vont largement au-delà de la restriction faite par les constituants d'Afrique francophone. Limiter l'effet de la force majeure à la prorogation de certains délais, à la possibilité pour certaines institutions constitutionnelles de siéger hors de leur siège, paraît manifestement dérisoire. Si on considère que la force

¹ L'article 15 de la Constitution du Burkina Faso

majeure peut avoir une origine naturelle, humaine ou sociale¹, alors les effets découlés sont pluriels. De toute évidence, la force majeure incite à prendre des mesures dérogatoires, des mesures d'exception. Elle est donc en soi, à notre avis, non pas un état de crise ou d'exception, mais plutôt une cause ou un fait générateur de la mise en œuvre de l'un des états de crise présentés *supra*². Loin des cas limités aménagés dans les Constitutions étudiées, la force majeure peut entraîner, selon les circonstances, la suspension de l'ordre constitutionnel. Il faut aujourd'hui plus que de jadis admettre qu'il existe des faits et événements imprévisibles, inévitables, et provenant d'une cause étrangère qui peuvent entraîner la suspension de l'ensemble des dispositions constitutionnelles, voire de l'ordre constitutionnel. Aussi, certains cas de force majeure peuvent perturber fondamentalement le bon fonctionnement des services publics. L'apparition des révolutions, des changements militaires des régimes politiques démocratiques entraînent très souvent la suspension de la Constitution³. Bien plus, elle peut provoquer l'urgence (a) et la nécessité à prendre à l'édiction des mesures visant à surmonter la situation de crise (b).

a- La provocation de l'urgence

Évènement imprévu, la force majeure peut provoquer l'urgence ou l'état d'urgence⁴, et obliger les pouvoirs publics à une réaction urgente. Au sens général, l'urgence désigne le caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable s'il n'y est porté remède à bref délai⁵. En droit constitutionnel, la doctrine considère que l'urgence naît d'une crise⁶, et constitue une circonstance pressante pouvant obliger l'accélération de certaines procédures afin de garantir la continuité de l'Etat et la bonne marche des services

¹ Voir *supra*.

² Il s'agit alternativement de l'état d'urgence, l'état d'exception, l'état de siège, l'état de mise en garde, état de guerre ou déclaration de guerres, de l'état d'alerte.

³ On peut citer dans ce cas le cas du Mali du Mai 2021, du Burkina-Faso, de la RCA, du Soudan, Tchad 2021, des révolutions des Etats de l'Afrique du nord qualifiées de « printemps arabe ». dans ce dernier cas on peut citer les cas égyptien de 2013, de la Tunisie.

⁴ L'état d'urgence est un état que l'on peut déclarer en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public pour une durée déterminée.

⁵ J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *op cit*, p.751.

⁶ *Ibid*.

publics¹. Ainsi, contrairement à l'aménagement des effets de la force majeure fait dans les constitutions d'Afrique francophone, qui aboutit à la prorogation des délais afin de gérer les cas de vacances, de suppléance, de dissolution et abrégement des assemblées parlementaires, il peut arriver que des cas de force majeure requiert une réduction des délais pour accélérer l'édiction des mesures² capables de surmonter l'évènement de force majeure. Certes les constituants d'Afrique francophone ont formellement admis des cas d'urgence, induisant l'accélération des procédures³ ; mais ces cas ne sont pas toujours attachés à l'existence d'une circonstance exceptionnelle comme celle de la force majeure. Pour le constituant ivoirien par exemple, « Le Président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres de l'Assemblée nationale. Il assure la promulgation des lois dans les quinze jours qui suivent la transmission qui lui en est faite par le Président de l'Assemblée nationale. **Ce délai est réduit à cinq jours en cas d'urgence**, Une loi non promulguée par le Président de la République jusqu'à l'expiration des délais prévus au présent article est déclarée exécutoire par le Conseil constitutionnel saisi par le Président de l'Assemblée nationale, si elle est conforme à la Constitution. Le Président de la République peut, avant l'expiration de ces délais, demander à l'Assemblée nationale une seconde délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette seconde délibération ne peut être refusée ». De même, le constituant camerounais, « lorsque, à l'issue de deux sessions ordinaires, une proposition de loi n'a pu être examinée, celle - ci est de plein droit examinée au cours de la session ordinaire suivante. **L'urgence est de droit** lorsqu'elle est demandée par le Gouvernement »⁴. Il apparait ici que l'urgence dont il s'agit dans ces dispositions, est une urgence qualifiée et apprécié par les pouvoirs publics. C'est une urgence posée, constitutionnalisée. Un cas de force majeure peut imposer une situation d'urgence, non formellement constitutionnalisée⁵. C'est le cas de la pandémie du

¹ Voir à ce sujet : A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines » *op cit*, p.66 ; J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42 n°2, Avril-Juin 1990, pp.751-764.

² A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines » *op cit*, p.66 .

³ C'est le cas des articles 69 et 79 de la Constitution djiboutienne ; de l'article 57 de la Constitution béninoise ; de l'article 178 de la Constitution congolaise.

⁴Cf. Les articles 3, 18, 23 de la Constitution camerounaise.

⁵ A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », *op cit*, p.67.

coronavirus qui a obligé les pouvoirs publics centrafricains, alors que les mandats du Président de la République, celui du Président de l'Assemblée nationale et des députés étaient à leur terme, dans l'impossibilité manifeste d'organiser les élections, à prendre des mesures indiquées dans l'urgence pour permettre la continuité de l'Etat centrafricain malgré le silence de la Constitution centrafricaine sur la gestion de tels imprévus. Le cas centrafricain renseigne suffisamment sur l'urgence qui peut découler d'un fait qualifié de force majeure. Au cœur des sévices de la pandémie du Covid-19, pour éviter d'être obligées par l'opposition à former un gouvernement de transition et de consensus national, au terme de leur mandat qui pointait à proche horizon, la Cour constitutionnelle centrafricaine, qui avait été saisie pour se prononcer sur le projet de révision de la Constitution, pour aménager des dispositions relatives à la gestion du cas d'imprévu dans lequel l'Etat centrafricain s'est trouvé parce que ne pouvant organiser les élections selon les délais prévus par la Constitution, a préféré retenir le cas de force majeure que constituait le Covid-19 et constater la « *nécessité impérieuse d'une concertation pour parer au vide constitutionnel* »¹. En substance, elle émet l'avis suivant : « *si les délais constitutionnels et légaux fixant le déroulement du processus électoral ne peuvent être respectés et vont manifestement conduire à un dépassement de la date du 30 mars 2021, il y a lieu, sans procéder à une révision de la Constitution, de recourir à une démarche consensuelle par concertation nationale effectuée dans un court délai regroupant en un même lieu les différentes entités, notamment : l'exécutif, le législatif, les partis politiques, la Société civile, les anciens chefs d'Etat, les Institutions de la République (à l'exception de la Cour Constitutionnelle), ceci afin d'aboutir à une solution consensuelle qui puisse encadrer le report des élections et le glissement du calendrier électoral devenu inéluctable, cette concertation devant être organisée par l'Exécutif* »².

Il est clair, la force majeure provoque l'urgence et crée la nécessité à l'adaptation de l'ordonnancement juridique existant.

b- La création de la nécessité

Un évènement de la force majeure peut engendrer la nécessité et conduire soit à la création d'un droit nouveau³, soit à l'application d'un dispositif normatif

¹ *Ibid.*

² Avis N°015/CC/20 du 05 Juin 2020, *op cit.*

³ Le professeur Alain ONDOUA soutient qu'une « *situation sociale, juridique, politique et même une catastrophe naturelle grave qui affecte l'Etat et ses institutions motive la prise de décisions* »

d'exception préalablement aménagé par le droit existant. L'étymologie latine du concept de nécessité, *necessitas*, qui signifie la pauvreté ou la misère¹, ne doit pas éloigner de son sens accepté juridique. Le commun des mortels considère la nécessité comme ce qui est indispensable², ce qui ne peut ne pas être. Dans son acception juridique, le Lexique des termes juridiques conçoit la nécessité comme le « caractère de ce dont on a absolument besoin »³ ; « une situation critique justifiant une solution inhabituelle »⁴. Pour Génèviève CAMUS de « *circonstances urgentes et imprévues qui rendent indispensable pour la sauvegarde de l'Etat* » l'édiction des mesures⁵. Circonstances exceptionnelles et imprévues, la force majeure mène à l'état d'exception considérée par certains comme état de nécessité, justifiant l'adoption de mesures particulières⁶. Patrick WAFEU TOKO affirme dans ce sens que le droit constitutionnel de nécessité peut se former sur la contingence du cas de force majeure⁷. Il faut admettre que, de part son caractère imprévisible, l'apparition d'un cas de force majeure oblige les pouvoirs publics à prendre des mesures adaptées à cette situation exceptionnelle. Il peut s'agir dans certains, d'appliquer les règles dérogatoires aménagées par les constituants, lorsqu'elles ont été préalablement définies. C'est bien le cas de la prorogation des délais relatifs à la vacance, la suppléance et la dissolution d'assemblée parlementaire qui est aménagée par certains constituants d'Afrique francophone⁸. A titre d'illustration, l'une des dispositions de la Constitution gabonaise prévoit qu'« en cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, sauf cas de force majeure constatée par la Cour

spécifiques ». voir A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in M. ONDOUA et P.E ABANE ENGOLO (sous Dir), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, Paris, 2021, p.67.

¹ *Le petit Robert de la langue française*, les dictionnaires Robert, 2013, p.912.

² A. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines » op cit, p.58.

³ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e édition mise à jour, Paris, Dalloz 201-2018, p.1543.

⁴ *Ibid.*

⁵ G. CAMUS, « L'état de nécessité en démocratie » *RIDC*, vol.18, n°4,1966, p.958.

⁶ P. WAFEU TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, L'Harmattan, Etudes Africaines, Paris 2018, pp.160-161. Pour cet auteur, l'Etat d'exception constitutionnelle est devenue l'expression juridique privilégiée de l'état de nécessité ou du droit constitutionnel de nécessité lié aux circonstances exceptionnelles.

⁷ *Ibid.*

⁸ Voir *supra*.

constitutionnelle, trente jours au moins et quarante-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou de la déclaration du caractère définitif de l'empêchement »¹. Dans ce cas précis, la force majeure crée la nécessité d'appliquer le droit existant. Et les dispositions dédiées à la force majeure créent une dérogation aux délais énoncés. Mais, il est des cas de force majeure où, apparaît la nécessité d'élaborer un droit nouveau pour répondre au fait majeur et assurer la continuité de l'Etat. La pandémie du coronavirus nous donne un bel exemple. C'est sans doute cette logique qui a poussé le Doyen Georges VEDEL à arguer que *le nécessité engendre les constitutions*.

La création de l'urgence-accélération et de la nécessité confirment fort bien, directement, l'aménagement limité des effets de la force majeure par les constituants d'Afrique francophone. Cet aménagement limité, couplé à la conception résiduelle de la force majeure rendent superficiel la construction que les constituants d'Afrique francophone font de la force majeure. Cela tient-il au fait que la force majeure ne se décrète pas ? De toute évidence, les lacunes observées dans les constitutions fortifient l'idée de l'incomplétude des constitutions et justifient l'intervention du juge constitutionnel.

II Un aménagement insuffisant de la force majeure

Les développements qui précèdent ont fait ressortir des limites dans l'aménagement de la force dans les Constitutions des États d'Afrique francophone. La construction de la force majeure, lorsqu'elle existe même dans certaines constitutions, est lacune, incomplète². Les manquements observés doivent être complétés ou corrigés par les juges constitutionnels, selon l'idéologie des libéraux³. Cet état de chose, confirme la thèse selon laquelle il existe un droit constitutionnel en dehors des Constitutions des États⁴, celui qui

¹ L'article 13 de la Constitution du Gabon.

² Cette idée n'est guère nouvelle. J. CHEVALIER dans son article intitulé « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica 2006, pp.281-297, arguait que « *le formalisme constitutionnel, qui consiste à rassembler des règles fondamentales relatives à l'organisation des pouvoirs et aux droits des citoyens dans un texte écrit, doté d'une valeur juridique supérieure et placé au sommet de la hiérarchie des normes, rencontre inévitablement des limites* ».

³ M. TROPER, *op cit.*, p.20.

⁴ Voir C. MONEMBOU, « Les normes non écrites dans le constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone », *RADSP*, Vol.III, n° 5, juin 2015, pp. 85-119. Voir également M. B. EKELLE

est construit par le juge ; bien certains dénie au juge constitutionnel tout pouvoir constituant dérivé¹. Conscients du caractère incomplet de l'aménagement de la force majeure, les constituants des États d'Afrique francophone, eux-mêmes, ont expressément renvoyé au juge constitutionnel cette tâche (A). Malgré ce renvoi au juge constitutionnel, un meilleur aménagement de l'imprévu présente des enjeux énormes (B).

A- Une construction renvoyée au juge constitutionnel

Considéré initialement comme « la bouche de la constitution »² afin de « pérenniser la supériorité de la constitution »³, les juridictions constitutionnelles ont vu s'étendre leur champ de compétences. « De gardien privilégié du texte constitutionnel, le juge constitutionnel en est devenu un interprète authentique »⁴. Cela est rendu possible en raison du caractère obscur ou imprécis de certains textes constitutionnels⁵. Ce pouvoir d'interprétation de la constitution que possèdent les juges constitutionnels aujourd'hui, que certains contestent⁶, au risque de subir le gouvernement des juges ou « l'impérialisme des juridictions constitutionnelles »⁷, leur est parfois attribué par la constitution elle-même. C'est notamment le cas pour ce qui est de la force majeure. On l'a dit, l'aménagement de la force majeure par les constituants d'Afrique francophone est superficiel, imprécise ; c'est la raison pour laquelle les constituants ont exigé une intervention obligatoire du juge constitutionnel (1) qui, à certains égards, peut être inadaptée, bien que justifiée (2).

1- L'intervention obligatoire du juge constitutionnel

Une promenade dans les constitutions d'Afrique francophone rend compte de ce que, dans l'aménagement constitutionnel de la force majeure, le constituant,

NGONDI, « Le droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel : réflexion sur le constitutionnalisme en Afrique noire », *RADP*, vol.VII, n° 14, p.26.

¹ P. WAFEU TOKO, *op cit*, p.173.

² A. KPODAR, « Les juridictions constitutionnelles et les crises en Afrique noire francophone », *communication présentée au 5^e Congrès de l'ACCPUF*.

³ *Ibid.*

⁴ P. WAFEU TOKO, *op cit*, p.23.

⁵ J-L. BERGEL, *op cit*, pp. 232-233. Selon le professeur BERGEL, un texte ne doit être interprété que s'il est obscur, imprécis ou ambigu. L'interprétation permet d'élucider le texte obscur.

⁶ Voir P. WAFEU TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, *op cit*, p.23

⁷ A. KPODAR, « Les juridictions constitutionnelles et les crises en Afrique noire francophone », *communication présentée au 5^e Congrès de l'ACCPUF*.

n'ayant pas donné de définition de la force majeure, ni une appréhension claire de cette notion, a exigé une constatation de la force majeure par le juge constitutionnelle (a). Suite à l'imprécision de cette notion et de l'invite du juge constitutionnel à constater l'existence d'une force majeure, il s'en suit à son profit de larges pouvoir d'appréciation (b).

a- La constatation contingente de la force majeure par le juge constitutionnel

Si la force majeure a été admise dans certaines constitutions d'Afrique francophone, son existence réelle et sa construction juridique dépendent des juridictions constitutionnelles. Cette tâche leur est reconnue par les textes constitutionnels et la convocation de quelques-unes peut étayer à suffisance cette conviction. La constitution sénégalaise affirme :

« L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Lorsque ceux-ci sont exercés après la dissolution de l'Assemblée nationale, la date des scrutins fixée par le décret de dissolution ne peut être reportée, sauf cas de force majeure constaté par le Conseil constitutionnel »¹.

Pour le constituant gabonais, « en cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, sauf cas de force majeure constatée par la Cour constitutionnelle, trente jours au moins et quarante-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou de la déclaration du caractère définitif de l'empêchement »².

D'après la Constitution congolaise, « Le Président de la République reste en fonction jusqu'à la fin de son mandat qui, sauf cas de force majeure reconnue et déclarée par la Cour constitutionnelle, doit coïncider avec la prise de fonction effective de son successeur élu »³.

¹ Cf. L'article 5 de la loi constitutionnelle sénégalaise n° 2007-06 du 12 février 2007 créant un Sénat (JORS du 10 mars 2007, p. 2387), article modifiant les quatrième, cinquième et sixième alinéas.

² Cf. L'article 13 de la Constitution du Gabon du 26 mars 1991.

³ Cf. L'article 65 de la Constitution du Congo.

Ces morceaux choisis parmi plusieurs dispositions constitutionnelles en Afrique francophone aboutissent à deux constats. Le premier est, que l'organe compétent pour admettre l'existence d'un cas de force majeure, est la juridiction constitutionnelle. Il n'appartient donc pas aux autorités gouvernementales ou parlementaires de le faire. La conséquence en est que, tout le régime dérogatoire ou d'exception qui est attaché à la force majeure est subordonné à la reconnaissance par le juge constitutionnel de la réalité de la force majeure. Il y a en la matière, une sorte de dictature des juges constitutionnels. La seconde observation est qu'en l'absence d'intervention de la juridiction constitutionnelle, quel que soit l'urgence ou la nécessité, il n'existe juridiquement pas de force majeure. L'intervention de la juridiction constitutionnelle devient un élément essentiel dans la construction de la force majeure en droit constitutionnel. Cela paraît d'autant plus vrai que même dans les Etats d'Afrique francophone n'ayant pas consacré formellement la force majeure dans leur constitution, le juge constitutionnel est celui qui le fait. Les cas du Niger¹ et de la RCA² nous parlent suffisamment.

L'intervention de la juridiction constitutionnelle s'avère obligatoire à la reconnaissance juridique de la force majeure et au déclenchement des effets y relatifs. En plus, si c'est au juge de déterminer les faits et événements pouvant être qualifiés de force, on conclut alors que les juridictions constitutionnelles possèdent, relativement à la force majeure, de larges pouvoirs.

b- La dévolution des larges pouvoirs d'appréciation au juge

Dans les droits constitutionnels des Etats d'Afrique francophone, l'existence juridique de la force majeure dans un Etat dépend de l'appréciation de la juridiction constitutionnelle. Le juge constitutionnel, qu'on le veuille ou non, a d'importants pouvoirs et peut dans une certaine mesure perturber, orienter l'application du texte constitutionnel. D'abord c'est à la juridiction

¹ Cf. L'arrêt n°04/CC/MC du 15 juin 2020.

² Cf. L'avis n°015/CC/20 du 05 Juin 2020. La Cour Constitutionnelle centrafricaine affirme : « *considérant que la Cour Constitutionnelle, gardienne de la constitution, organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics, juge des élections, veille au respect des délais tant constitutionnels que ceux contenus dans le Code électoral ; qu'elle est garante de la sincérité des scrutins et de la régularité des scrutins ; qu'elle est compétente, comme toute juridiction, pour apprécier les cas de force majeure et en l'espèce, ceux qui viendraient contrecarrer le respect des délais prescrits* ».

constitutionnelle qu'il revient de définir la force majeure, le constituant n'ayant formulé aucune définition de celle-ci¹. Dans ce processus de clarification de la notion de force majeure, la juridiction constitutionnelle doit retenir un certain nombre de critères qui constituent les éléments constitutifs de la force. Sur la question, pour rappel, le juge constitutionnel nigérien, dans l'Arrêt du 15 juin 2020, considérait la force majeure comme « un évènement imprévisible, irrésistible et extérieur, indépendant de la volonté de celui qui l'invoque pour justifier ou expliquer une défaillance ; qu'elle suppose la réunion des éléments suivants :

- Un évènement échappant au contrôle de celui qui l'évoque ;
- Qui ne pouvait être raisonnablement prévu ;
- Dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ;
- Qui empêche celui qui l'invoque d'exécuter sa mission ou son obligation »².

La détermination des critères constitutifs de force majeure par le juge constitutionnel contribue, par simple application systématique, d'écarter certains faits et évènements parmi ceux qui peuvent être qualifiés de force majeure. En outre, quand bien même les éléments constitutifs de la force majeure ont été posés par une juridiction constitutionnelle, cette dernière a le pouvoir de déterminer et de déclarer quel fait ou évènement est considéré comme tel. En effet, les constituants de l'espace francophone d'Afrique n'ont pas arrêté, ne serait-ce qu'à titre indicatif, des critères de la force majeure, encore moins une liste d'évènements pouvant et devant constituer cela. Il s'en suit donc un important pouvoir d'appréciation laissé au juge qui, en présence d'un évènement réunissant l'ensemble des critères posés par lui, peut juger que cet évènement ne constitue guère la force majeure. La conséquence est la paralysie de la mobilisation du régime d'exception qui pourrait en suivre au cas où l'existence juridique de la force majeure était acquise. Le juge constitutionnel centrafricain reconnaît sa compétence « *pour apprécier les cas de force majeure* »³. Par leur pouvoir d'interprétation, les juridictions constitutionnelles sont les véritables maîtres de la gestion de la force majeure, imprévu insuffisamment aménagé par les constituants. En considérant uniquement le volet de la force majeure, les juges constitutionnels apparaissent comme les régulateurs de la vie et la survie

¹ La définition qui a été proposée dans les développements ci-avant nous vient du juge constitutionnel nigérien, aucune constitution des Etats de l'espace d'étude n'en formule une.

² Lire en ce sens : l'arrêt n°04/CC/CM du 15 Juin 2020 de la Cour constitutionnelle du Niger.

³ Avis n°015/CC/20 du 05 Juin 2020 de la Cour Constitutionnelle de la République centrafricaine

de l'Etat et de l'ensemble des institutions publiques en période de crise issue d'une force majeure. Le juge est ainsi celui qui fait et défait la force majeure, avec en prime l'habilitation d'un régime d'exception. Le cas centrafricain et nigérien sont assez instructifs¹.

In fine, la forte implication du juge constitutionnel dans la construction de la force en droit constitutionnel en général et en Afrique francophone singulièrement, prouve, si besoin en est encore, que l'aménagement de l'imprévu, dans les constitutions de l'espace considéré, est superficiel, lacunaire. Si l'apport du juge constitutionnel est salutaire, en ce sens qu'il participe à la construction de la notion de force majeure en droit constitutionnel, cette intervention peut être questionnable devant l'urgence de la crise, parce qu'inadaptée bien que justifiée.

2- L'intervention inadaptée mais justifiée du juge constitutionnel

Si l'intervention du juge est nécessaire et capitale pour corriger ou dissimuler les lacunes contenues dans les constitutions², en rapport avec l'éclairage de la force majeure dans les Etats d'Afrique francophone, cette dernière qui, à notre avis, devrait demeurer exceptionnelle, peut paraître inadaptée dans certains cas de force majeure (a) ; pourtant il s'avère justifiée (b).

a- L'inadaptation du fait de la situation de force majeure

L'inadaptation de l'intervention obligatoire du juge constitutionnel est résumé dans une interrogation des professeurs Seni Mahamadou OUEDRAOGO et Djibrihima OUEDRAOGO : doit-on « *respecter la légalité constitutionnelle au péril des vies humaines ou protéger les vies humaines au détriment de la légalité constitutionnelle* »³ ?

L'intervention du juge rendue obligatoire par les constituants d'Afrique francophone, soit pour déclarer, soit pour constater l'existence de force majeure peut, à certaines occasions, sembler inappropriée. Trois raisons permettent

¹ Voir *supra*.

² M. TROPER, *op cit.*, p.29.

³ S.M. OUEDRAOGO ; D. OUEDRAOGO, « Les élections présidentielles et législatives à l'épreuve du covid-19 : une mise en lumière en Afrique de l'Ouest francophone », *AFILEX Avril 2020*

d'asseoir cette conviction. La première d'elles est relative à l'urgence à agir afin de faire face à l'évènement objet de la force majeure. Dans certaines circonstances, le temps des procédures peut causer des préjudices désastreux et irrémédiables. À considérer l'exemple de la survenance d'une catastrophe naturelle telle qu'un séisme, un tsunami et autres, s'il faille attendre que le juge constitutionnel se prononce, avant le déclenchement d'un régime exceptionnel ou la prise des mesures particulières¹, il est certain de courir vers une hécatombe. On aboutit à la conclusion que la formalité de recours préalable à la juridiction constitutionnelle se trouve être inadéquat.

Dans la même veine, la deuxième raison qui fait du recours au juge en cas de force majeure un recours inadapté et insuffisant l'aménagement constitutionnel de la force majeure en Afrique francophone est le cas où, du fait de l'évènement à examiner, la juridiction constitutionnelle elle-même se trouve dans l'impossibilité de se réunir pour constater ou déclarer la force majeure. Certaines constitutions d'Afrique francophone donnent compétence à la juridiction constitutionnelle de constater et déclarer la force majeure. Aucune n'envisage la circonstance où cette juridiction ne peut elle-même se réunir pour cause d'un évènement qualifiable de force majeure. En pareille circonstance, il y'a lieu de s'interroger sur la suite à donner. Manifestement, on serait là devant un cas de lacune juridique, due à une prévision insuffisante ou à un aménagement insuffisant de l'imprévu et qui perturberait la continuité de l'Etat et des services publics².

La troisième raison qui justifie l'inadaptation de l'intervention du juge est le fait que, traditionnellement, le juge n'est pas un pouvoir constituant³ car ce pouvoir incombe aux constituants originaires et aux constituants dérivés. « *La création d'un droit constitutionnel juridictionnel aggrave l'instabilité juridique* »⁴. Or, en matière de force majeure, les compétences des juridictions constitutionnelles d'Afrique francophone sont grandes et frisent un pouvoir constituant. Il leur appartient de définir la force majeure, avec les extensions qui

¹ R. M. MVOGO BELIBI, « Covid-19 et décision publique en situation d'incertitude. Illustrations et illusion de l'état d'exception en Afrique subsaharienne », *Jus Politicum*, n° 26-2021, pp.351-384

² La pandémie du coronasvirus, avec le système de confinement, a donné à voir des villes, des institutions, des Etats, complètement paralysés. C'est bien plus tard qu'on a imaginé pouvoir pratiquer le télétravail.

³ P. WAFU TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, op cit, p.173.

⁴ D. GEORGES LAVROFF, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, vol.5, n°2, 2008, pp. 55-75.

peuvent survenir ; de la déclarer et la constater, avec des non qualifications possibles. Ce pouvoir des juges constitutionnels est grand, il peut entraver la gestion en urgence de circonstances exceptionnelles par les autorités exécutives. Une évasion rapide en droit constitutionnel américain à titre de droit comparé, permet d'observer que « *la justice constitutionnelle aux Etats-Unis d'Amérique n'est pas compétente face aux actes de gouvernement politiques que sont les actes de souveraineté (...), la mise en œuvre de circonstances exceptionnelles* »¹. L'intervention du juge constitutionnel pour déclarer et constater la force majeure dans les Etats d'Afrique Francophone, nous paraît disproportionnée. Les constituants auraient mieux attribué un pan aux législateurs qui auraient défini les conditions de réalisation de la force majeure, quitte à ce que le juge constitutionnel puisse se limiter à constater son existence. Cependant, au regard des conséquences qui sont attachées à la constatation de la force majeure sur l'application de la constitution, l'intervention du juge constitutionnel reste justifiée.

b- La justification par l'exigence du respect de la constitution

« *Arbitre* » du jeu politique², « *pouvoir neutre* »³, « *interprète authentique* »⁴, l'implication des juridiction constitutionnelles dans l'aménagement de la force majeure en droit constitutionnel dans les Etats d'Afrique francophone trouve justification. Au-delà de la fonction correctrice que on leur a reconnue *supra*, le juge constitutionnel est le gardien de la constitution⁵. Il faut se rappeler que, la force majeure est une cause d'application de mesures particulières ou de déclenchement de l'un des états de crise, dont la conséquence est l'application d'une légalité d'exception. La mise en œuvre de la légalité d'exception en temps de crise donne aux autorités exécutives d'importants pouvoirs, pendant que d'importantes restrictions des libertés publiques et de droits fondamentaux

¹ O BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p. 388.

² O BEAUD, *op cit.* p.388.

³ *Ibid.*

⁴ P. WAFU TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, *op cit*, p.23

⁵ D. GEORGES LAVROFF, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, vol. 5, n° 2, 2008, p.55.

apparaissent¹. La force majeure, comme le cas du coronasvirus², provoque la restriction de la liberté de circulation, d'association. Le juge constitutionnel veille à ce que ce régime de crise ne justifie pas l'installation d'une véritable dictature ou régime autoritaire³ perpétrant l'arbitraire⁴. On le sait, « *le juge constitutionnel est le garant des droits et libertés fondamentaux* »⁵. En période de crise, comme celle d'une force, qui justifie la mise en œuvre de l'état d'urgence, d'exception ou l'édiction des mesures exceptionnelles, le juge constitutionnel assure le nécessaire respect de la constitution qui ne disparaît pas, la plupart du temps en période de crise, exception faite du cas des coups d'état⁶.

Il sied toutefois d'observer que, si les constitutions relèguent la construction de la force majeure au juge constitutionnel, ce renvoi ne donne pas compétence à ce dernier de définir les mesures à appliquer à l'occasion. Mais, les mesures prises par les autorités exécutives peuvent être soumises à l'appréciation de la juridiction constitutionnelle qui peut en juger la proportion ; savoir si les mesures prises sont en adéquation proportionnelle avec la situation objet de force majeure.

La force majeure, imprévu, met le juge constitutionnel au centre de sa détermination et de l'appréciation des mesures qui l'accompagnent ; ce dernier

¹ Conseil constitutionnel français, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », EREVAN : 29 septembre-2 octobre 2005, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

² Au regard du rapport de IHRB, intitulé « le respect des droits de l'homme en temps de pandémie covid.19 », certains gouvernements ont eu le mérite de prendre les mesures appropriées, d'autres ont profité de la crise pour instituer des mesures de contrôle qui portent atteintes aux droits de l'homme

³ A. H. DIOMPY, « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelles en Afrique francophone », <http://afrilex.u-bordeaux.fr>

⁴ O. NAREY, « La suprématie de la Constitution en période de crise (Niger) », <https://cdnaccf-francophonie.org>. Pour le professeur NAREY, la constitution est le dernier rempart, l'ultime barrière à l'abus du pouvoir. Elle est, pense-t-il, la meilleure garantie contre l'arbitraire du pouvoir politique

⁵ A. VIDAL NAQUET, « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition, et/ou de contrôle du peuple au pouvoir ? Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle », Université de Toulouse octobre 2014, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-hal01794761>.

⁶ K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, vol.2, n° 90, 2012, p.76. pour cet auteur, dans la plupart des cas les coups d'Etat posent les jalons de l'instabilité. Ils s'accompagnent de l'abrogation, à tout le moins de la suspension de la Constitution.

ayant une partition essentielle à la garantie de la continuité de l'Etat et la sauvegarde de la constitution. L'importance du rôle de la juridiction constitutionnelle est consécutive à la faiblesse des textes constitutionnels à assurer un meilleur aménagement des situations imprévues dans le droit constitutionnel en Afrique francophone. Pourtant, une meilleure prévision de la gestion de l'imprévu présente de grands enjeux.

B- L'enjeu d'un meilleur aménagement de l'imprévu

L'étude de l'imprévu en droit constitutionnel révèle l'importance de la fonction préventive du droit. Un meilleur aménagement de l'imprévu aboutit à un meilleur encadrement des régimes d'exception. Cela évite de questionner les bases juridiques des mesures restrictives des libertés qui pourraient être adoptées et consolide la démocratie¹. Le dire, c'est en d'autres termes rechercher les raisons d'une meilleure prévision juridique. En effet, le droit diminue l'impréparation juridique qui peut être cause d'insécurité juridique en général (1). Un meilleur aménagement de l'imprévu dans la constitution participe à assurer la primauté de la constitution (2).

1- La diminution de l'impréparation juridique

Le droit a pour vocation de régir les agissements de l'individu dans la société en prévoyant un ensemble d'actes permis et interdits auxquels s'attacheraient des conséquences déterminées à l'avance. Cela est autant vrai en ce qui concerne le droit constitutionnel, considéré comme norme fondamentale, branche mère des autres branches juridiques. La constitution, bien que ne pouvant tout prévoir avec exactitude, devrait poser les grandes lignes d'un système juridique d'un Etat. Pourtant, il est constant d'observer que la survenance des faits et événements imprévus perturbent l'ordre juridique établi, en provoquant la nécessité d'édicter des mesures juridiques adapter à la circonstance, et qui peuvent déclencher des contestations. Une limitation de l'imprévu dans les constitutions, induirait un meilleur encadrement de la nécessité et par conséquent la rationalisation du recours aux dispositions non prévues dans les constitutions (a) et réduirait les contestations relatives aux mesures nouvelles (b).

¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Pour une refonte des régimes de crises dans la Constitution », <http://publications.ut-capitole.fr>, (Consulté, le 12 novembre 2021).

a- La rationalisation du recours aux dispositions non prévues dans les constitutions

L'imprévu permet la mobilisation d'un droit étranger au texte constitutionnel dont il convient de limiter l'emploi. De manière générale, l'imprévu oblige à recourir à des normes qui ne sont pas contenues dans la constitution, ou à faire des interprétations extensives de certaines dispositions constitutionnelles. Une telle réalité favorise d'une part l'irruption des normes non-écrites dans le constitutionnalisme des Etats¹, d'une part l'émergence d'accords ou arrangements politiques². L'apparition d'un cas de force majeure, quel que soit son origine³, révèle une impréparation soit dans l'ordonnement juridique, soit à l'égard des pouvoirs publics⁴. C'est bien le cas de la pandémie du coronavirus, qui a dévoilé à travers le monde une absence de dispositions juridiques adéquates, conduisant les pouvoirs publics à faire recours quelques fois soit à des régimes similaires soit à l'édiction de mesures nouvelles. Une circonstance imprévue peut imposer l'emploi ou la convocation d'un droit non contenu dans le texte constitutionnel⁵. La possibilité offerte aux autorités exécutives de prendre toutes les mesures nécessaires, en temps de crise, peut conduire ces derniers à prendre des mesures qui s'éloignent de l'esprit de la constitution, et remettre en cause la légalité constitutionnelle. A ce propos, la Cour Constitutionnelle de la Centrafrique, saisie pour se prononcer sur une proposition de loi visant la modification de la Constitution en raison de l'impossibilité de la tenue des scrutins présidentiel et législatif pour cause de force majeure, due à la pandémie du Covid-19, dans son Avis du 5 juin 2020, « dit que compte tenu du vide juridique constaté, il y a lieu de recourir à une concertation nationale qui

¹ C. MONEMBOU, « Les normes non-écrites dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone », *RADSP*, VOL III, N° 5 Jan-Juin 2015, pp.85-119.

² P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit MCGILL*, Vol. 57, n° 4, juin 2012, pp. 921-952.

³ On rappelle ici que la force majeure peut avoir des origines diverses. Il peut avoir une origine naturelle, humaine.

⁴ R. M. MVOGO BELIBI, « Covid-19 et décision publique en situation d'incertitude. Illustrations et illusion de l'état d'exception en Afrique subsaharienne », *Jus Politicum*, n° 26-2021, pp.351-384. L'auteur considère que le covid-19 est de l'ordre de l'imprévisible, en dehors de toute planification normale des politiques publiques.

⁵ Il faut admettre que, en dehors des cas limitativement examinés, où la survenance entraîne l'application des dispositions aménagées par le constituant, la force majeure et l'imprévu en général entraîne la mobilisation des normes non écrites dans la constitution.

permettra de trouver une solution consensuelle au règlement de cette éventualité, cette solution devant exclure l'instauration d'une Transition qui est la conséquence d'un changement inconstitutionnel de régime prohibé par la Constitution »¹. Cela est d'autant plus à craindre que le contentieux des mesures de crise ne soit peut-être pas inexistant², mais rare. Il sied également de faire la remarque que si le silence du texte constitutionnel impose la nécessité d'édicter des normes pour faire face à la situation de crise³, il faut par ailleurs observer les mesures à prendre peuvent créer une instabilité juridique, non seulement parce qu'elles peuvent être contraires à la constitution⁴, mais aussi à cause de l'hésitation qui peut en découler⁵. Un meilleur encadrement de l'imprévu dans les constitutions des Etats réduirait les cas de nécessité dans le droit constitutionnel de ces Etats et les écartements des textes constitutionnels. L'avantage qui en découle est certainement la réduction des contestations et la légitimité des mesures posées en temps de crise imprévue.

b- La réduction des contestations relatives aux mesures nouvelles

Les mesures nouvelles édictées à la suite d'un imprévu, d'un cas de force majeure en l'occurrence, ne font pas toutes l'unanimité ; elles font très souvent l'objet de nombreuses contestations, contestations qui n'auraient pas droit de cité si ces mesures avaient formellement existées antérieurement à l'évènement

¹ Cour Constitutionnelle de la République Centrafricaine, Avis N°015/CC/20 du 05 Juin 2020, relatif à la révision de certaines dispositions de la constitution du 30 Mars 2016.

² Richard Martial MVOGO BELIBI affirme que la crise du covid-19 a fourni une nouvelle occasion de constater la curieuse absence de développement d'un contentieux du régime d'exception, dans un contexte où foisonnent les abus dans les actes et les faits des autorités

³ Voir en ce sens : l'avis N°015/CC/20 du 05 Juin 2020, *op cit*. Le juge constitutionnel centrafricain affirme que : « *considérant que les auditions menées par la Cour Constitutionnelle dans le cadre de l'instruction ont dégagé les dispositions largement majoritaires suivantes :*

- *Le rejet de la révision de la Constitution*
- ***La nécessité impérieuse d'une concertation pour parer au vide constitutionnel***
- *Le rejet d'une Transition comme solution possible »*

⁴ Certains cas de force majeure se résolvent par la conclusion d'accord politique. Or, Paterne MAMBO soutient que la relation entre la constitution et les arrangements politiques est souvent caractérisée par des rapports conflictuels et contradictoires. Cette conflictualité conduit au renversement de la pyramide des normes et favorise par ailleurs la déstabilisation de l'ordre constitutionnel.

⁵ Le professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA fait observer qu'à l'aune de la crise du Covid-19, les régimes de crise sont éparpillés et peu lisibles. D'après lui, cette situation a provoqué des tâtonnements et des hésitations préjudiciables à la clarté et à l'efficacité dans la riposte au Covid-19.

objet de force majeure. C'est en cela qu'un meilleur aménagement de l'imprévu participe à réduire les contestations des mesures élaborées pour la circonstance du fait imprévu. On peut affirmer aujourd'hui sans risque de se tromper que les normes prises à la suite d'un cas de force majeure font naître des contestations et les rendent un temps soit peu, illégitimes. Pour s'en convaincre, la convocation de quelques cas de contestations des mesures prises pour palier ou prévenir la pandémie du Covid-19 étaye cette conviction. D'entrée de jeu, on convoque l'exemple de la RCA où, suite à la menace du report du calendrier électoral à cause de la force majeure constituée par la pandémie du coronavirus, les autorités publiques ont choisi la révision de la Constitution pour éviter de plonger dans une situation d'illégitimité politique du fait de l'épuisement de leur mandat. Cette mesure rencontre une vague de protestations que relève d'ailleurs la Cour Constitutionnelle centrafricaine. La haute juridiction constitutionnelle reconnaît avoir reçu « *une pétition lancée sur internet (...) déposée à la Cour Constitutionnelle et enregistrée le 2 mai 2020 sous le N°093 (...) intitulé "Citoyens centrafricains, disons non au tripatouillage de la Constitution"* »¹. Une autre illustration de contestation, celle reliée par Richard Martial MVOGO BELIBI² qui présente le cas du Lesotho, où le premier ministre a initié à titre préventif l'instauration d'un régime exceptionnel, à travers une mesure de confinement de trois semaines, avant la détection du premier cas d'infection au coronavirus, suspendant ainsi le parlement et ordonnant le déploiement de l'armée. Cette mesure a conduit à une crise politique. L'explosion contentieuse contestataire³ des normes d'exception en période de crise, notamment celle du coronavirus, n'est pas l'apanage des Etats africains, elle a pu être observé également dans les démocraties occidentales. A titre de droit comparé, en France par exemple, des nombreuses décisions de justice ont été prises dans le sens de contrecarrer l'action de l'administration qui portait atteinte au droit à la vie privée⁴. C'est le cas de la décision du Conseil Constitutionnel français qui juge contraires à la constitutions certaines dispositions de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire⁵. Les multiples contestations consécutives aux mesures prises après

¹ Lire l'avis n°015/CC/20 du 05 Juin 2020. La Cour Constitutionnel centrafricaine révèle par ailleurs d'autres contestations comme celles du parti politique KWA NA KWA (KNK), du MVC du club des jeunes débatteurs centrafricains.

² R. M. MVOGO BELIBI, *op cit*.

³ *Ibid*.

⁴ *Id*.

⁵ Conseil Constitutionnelle français, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 portant sur la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

l'apparition d'un cas de force majeure confortent la thèse selon laquelle un meilleur aménagement prévisionnel de l'imprévu assure à la fois la sécurité juridique et la continuité de l'Etat. L'évitement de l'impréparation juridique à travers une meilleure planification juridique constitutionnelle contribue à la consolidation de l'Etat de droit et au renforcement de la démocratie.

2- La consolidation de l'Etat de droit

« Normalement, dans un Etat de droit¹, les gouvernants sont tenus d'agir sur la base du droit et conformément au droit. Cette exigence capitale de l'état de droit suppose que le droit puisse régler à l'avance chacune des situations juridiques pouvant se produire »². Pourtant, le droit ne peut prévoir avec exactitude et des situations imprévues peuvent survenir et nécessiter³ la mobilisation des régimes exceptionnels qui, à coup sûr, portent atteinte aux droits fondamentaux et menacent la démocratie. Le renforcement de l'Etat de droit exige de limiter les cas d'imprévu, ce qui aboutit en conséquence à un meilleur aménagement de l'imprévu, et donc à la limitation des atteintes aux droits fondamentaux (a). La finalité ultime de ce meilleur encadrement de l'imprévu est la pérennisation de la démocratie (b).

a- La limitation des atteintes aux droits fondamentaux

La réaction des autorités publiques devant un cas de force majeure, oblige très souvent ces derniers à mettre en œuvre des mesures d'exception autour soit d'un état d'urgence, d'un état d'exception ou tout autre état de crise évoqué en amont. Les mesures prises, le plus souvent, s'inscrivent dans l'optique de la préservation de la sécurité nationale, le maintien de l'ordre public, la protection de la vie et des biens des citoyens, le fonctionnement des services publics⁴. La mise en œuvre d'un état de crise entraîne un renforcement et un élargissement remarquables des pouvoirs de police administratives traduisant la légalité

¹ La théorie de l'Etat de droit est conçue comme étant la soumission de l'Etat au droit. C'est aussi un Etat qui privilégie la protection des droits fondamentaux par rapport au risque d'arbitraire du pouvoir.

² S.M. OUEDRAOGO ; D. OUEDRAOGO, « Les élections présidentielles et législatives à l'épreuve du covid-19 : une mise en lumière en Afrique de l'Ouest francophone », *AFILEX* Avril 2020.

³ *Ibid.*

⁴ E. BULMER, Pouvoirs d'urgence, Guide introductif à l'élaboration d'une constitution, IDEA, <https://www.booktype.pro>, (Consulté, le 23 octobre 2021).

d'exception¹, qui est caractérisée par d'importantes mesures de restriction des droits fondamentaux et des libertés publiques. La pandémie du coronavirus a donné à voir à travers le monde des mesures telles que les fermetures de frontières, des couvre-feux nocturnes, les fermetures d'écoles, universités, restaurants et marchés, la limitation du nombre de passagers dans les transports publics, la restriction des déplacements interurbains. On note à ce titre, un « *antagonisme (...) patent entre les mesures exceptionnelles et les droits fondamentaux auxquels elles apportent des restrictions drastiques pendant le régime d'exception* »². Il advient que, en période de crise, les droits fondamentaux et les libertés publiques ne disparaissent pas, mais connaissent une limitation encadrée³. Si des mesures exceptionnelles sont nécessaires à la gestion ou l'éradication de l'évènement de crise, ces mesures doivent obéir à un juste équilibre entre les atteintes aux droits fondamentaux et libertés publiques et le respect de ces derniers⁴. Les atteintes aux droits fondamentaux, y compris en période de crise, doivent être prévues⁵, cela permettra de réduire les abus et l'arbitraire qui peuvent jaillir du prétexte de l'éradication de la crise. Au final, une prévision des restrictions des droits fondamentaux participerait à la consolidation non seulement de l'Etat de droit, mais aussi à la pérennisation de la démocratie.

b- La pérennisation de la démocratie

Un bon aménagement constitutionnel de l'imprévu permet de pérenniser la démocratie en réduisant les contestations relatives aux mesures restrictives de droits fondamentaux et de libertés publiques. Le professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA affirme-t-il pas qu'une « *grande démocratie fondée sur les droits de l'Homme devrait disposer d'un corps juridique de crise cohérent et*

¹ R. M. MVOGO BELIBI, « Covid-19 et décision publique en situation d'incertitude. Illustrations et illusion de l'état d'exception en Afrique subsaharienne », *op cit*

² *Ibid.*

³ IDEA, « Des mesures d'exception conformes au constitutionnalisme et à l'Etat de droit mais qui posent des problèmes », in *L'impact de la crise du covid-19 sur le constitutionnalisme et l'Etat de droit dans les pays francophones et lusophones d'Afrique de l'ouest et centrale*, Rapport analytique du webinaire, 23 avril 2020

⁴ C. LE BRIS, « Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'homme en période de crise sanitaire », *Revue des droits de l'homme 2020*, p.1. L'auteur soutient qu'en période de crise sanitaire comme en d'autres temps, la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée en cas d'atteinte à un droit de l'homme.

⁵ Dans les §2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne, figure une clause selon laquelle l'ingérence dans l'exercice des libertés doit être "prévue par la loi". La notion même de loi n'est pas précisée par le texte.

adapté pour parer à tout type de menaces susceptibles de l'abattre »¹. Habituellement, la mise en œuvre ou la recherche des mesures appropriées en période de crise peut porter atteinte à la démocratie, qu'il est propice de limiter. En effet, l'état de crise conduit, du fait de la limitation drastique des droits fondamentaux et des libertés publiques, à l'installation des petites dictatures temporaires. Faut-il le rappeler, certains régimes de crise paralysent pour un court moment la séparation des pouvoirs et concentrent au profit de l'exécutif d'importants pouvoirs. Le risque ici est que le régime d'exception, censé être provisoire ne perdure et que l'on parvienne à un régime d'exception permanent qui contredirait les principes démocratiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil Constitutionnel français a jugé inconstitutionnelle certaines dispositions de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire². Or, l'Etat de droit, le respect des droits fondamentaux sont indissociables de la démocratie³. En outre, certaines mesures envisagées pour parer à la situation de force majeure peut en elle-même être constitutive de menace à la démocratie. Dans ce sens, la Cour Constitutionnelle énonce :

« considérant que la Constitution du 30 Mars 2016 instaure un régime démocratique avec un Président élu démocratiquement, des député élus et des Institutions de la République mises en place ;

*Que le retour à une Transition serait **un recul démocratique grave** en totale contradiction avec les dispositions constitutionnelles (...)*

La Cour constate que la Constitution comporte des verrous constitutionnels concernant la durée et le nombre de mandat du Président de la République et qu'en cas de retard dans le processus électoral susceptible d'entraîner un report des élections présidentielle et législatives, aucune disposition constitutionnelle ne permet de lever ce verrou ou de le contourner.

Dit qu'une prolongation du mandat des députés eux-mêmes, à l'approche des élections et sans large concertation préalable n'est

¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op cit.*

² Cf. La décision n°2020-800-DC du 11 Mai 2020.

³ B. BOUMAKANI, « Démocratie, droits de l'homme, et Etat de droit », *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de Dschang*, Vol. 2, n°1,1997, pp.5-22.

pas conforme à l'exigence consensuelle de la Constitution du 30 mars 2016 »¹.

On note le souci du juge constitutionnel centrafricain d'assurer la pérennisation de la démocratie à travers le règne de la Constitution. Les constituants d'Afrique francophone doivent le mieux possibles parfaire l'aménagement de l'imprévu en général et singulièrement de la force majeure, au regard du grand enjeu que cela présente pour la prospérité de la démocratie.

Conclusion

À la question de savoir quel construction les constitutions des Etats d'Afrique francophone font de la force majeure, il est apparu que cette construction est à la fois superficielle et insuffisante. Cette réalité permet d'affirmer dès lors que la force majeure en droit constitutionnel est un évènement imprévisible, irrésistible, donc indépendant de la volonté de celui qui l'invoque pour justifier ou expliquer une défaillance que le juge constitutionnel qualifie comme telle. Au demeurant, l'étude de l'imprévu dans les constitutions d'Afrique francophone permet de conclure à l'incomplétude des textes constitutionnels, incomplétude qui justifie le caractère dynamique du droit, les évolutions et transformations que subies le droit². Si les crises permettent l'enrichissement des constitutions, la règle dérogatoire corrige les lacunes de la norme générale. Réduit à l'examen de l'aménagement constitutionnel de la force majeure et ses implications, la présente étude n'a certainement pas épuisé la thématique de la force majeure en droit constitutionnel. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'elle suggère d'autres réflexions, comme celle de la force majeure et la règle constitutionnelle ou de la force majeure dans le constitutionnalisme contemporain en Afrique ou ailleurs.

¹ Lire en ce sens : l'avis n° 015/CC/20 du 05 Juin 2020.

² DUGUIT (L), *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Rue de Mézière, 5, Paris 1913, pp.9-10.

Horizons du droit - Bulletin n°34 2022

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit

LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET LES PROCESSUS D'INTEGRATION EN AFRIQUE OCCIDENTALE ET CENTRALE

Arsène Landry NGUENA DJOUFAC - Chargé de Cours de Droit public

Maitre-Assistant CAMES - Université de Dschang (Cameroun)

Résumé

La question des rapports entre le droit international et le droit de l'intégration revêt une dimension particulière en Afrique occidentale et centrale. Cet espace se caractérise, en effet, par une multitude d'organisations d'intégration dont les dynamiques ne sont les mêmes, tout comme elles sont distinctes de celles de l'intégration européenne. Ces dynamiques, propres, concernent aussi leurs relations avec le droit international. Il s'est donc posé, la question de savoir, dans quelle mesure le droit international public influence-t-il les processus d'intégration en Afrique occidentale et centrale ? Par une approche, notamment, exégétique et comparative, l'on s'aperçoit que cette influence est d'une intensité qui varie suivant le type d'organisation. Le droit international est prégnant dans les organisations d'intégration économique, alors qu'il est minoré dans les organisations d'intégration juridique.

Introduction

L'intégration régionale conduit à la mise en place d'un ordre juridique¹ et d'un droit spécifique², distinct et séparé, non seulement du droit national mais aussi du droit international. Le juge communautaire européen l'a, dans un premier temps, qualifié d'un « *ordre juridique international* »³ avant de dépasser cette assimilation en le considérant désormais comme un « *ordre juridique propre* »⁴. L'autonomie de l'ordre juridique communautaire européen⁵, et plus globalement des ordres juridiques des organisations d'intégration⁶, par rapport aux ordres juridiques traditionnels (interne et surtout international) était ainsi prononcée par le juge et corroborée par la doctrine⁷. Mais, que signifie-t-elle exactement ? Le Professeur Mégret répond à cette interrogation en écrivant : « *affirmer que le droit communautaire est un droit autonome, cela signifie qu'il constitue un système relativement complet, relativement clos, dans ses sources, dans son contenu et dans son contrôle juridictionnel, et que ce droit se différencie des autres types de droit, qu'il s'agisse du droit international classique ou des droits nationaux* »⁸. Au-delà de sa signification, cet extrait traduit le caractère relatif de cette autonomie. L'auteur l'admet subrepticement à travers la formule « *système relativement complet, relativement clos* ». En effet, malgré l'affirmation de son autonomie, le droit de l'intégration a ou entretient des rapports étroits aussi bien

¹ Sur cette notion, voir notamment, S. Romano, *L'ordre juridique*, traduit par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975, 174 p. ; J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, 1983, pp. 7-49.

² J. Megret, « La spécificité du droit communautaire », *RIDC*, vol 19 n°3, juillet-septembre 1967, pp. 566-577.

³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec., 1963.

⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, Rec. 1161.

⁵ J.-L. Victor, *L'ordre juridique communautaire*, 6e éd., Paris, Perspectives Européennes, 1993, 241 p.

⁶ En réalité, il est dans la nature de chaque ordre juridique, d'affirmer son autonomie sans que cela n'exclue qu'il entretienne des relations avec d'autres ordres juridiques. Cf., J.-S. Bergé, *Les ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2015, 169 p.

⁷ J. Barmann, « Catégories et autonomie du droit communautaire », *RIDC*, Vol. 26, n° 1, Janvier-Mars 1974, pp. 36-60.

⁸ J. Megret, « La spécificité du droit communautaire », *op.cit.*, p. 566.

avec les droits nationaux¹ qu'avec le droit international². C'est dans cette veine que s'inscrit la présente réflexion sur le droit international public et les processus d'intégration en Afrique occidentale et centrale.

Le droit international désigne dans l'ensemble la « *branche du Droit ayant pour objet le règlement des relations, quelles qu'elles soient, qui présentent les liens avec plusieurs Etats* »³. Il « *se subdivise en Droit international public, et Droit international privé* »⁴. Le droit international privé « *est la matière qui – par un ensemble de méthodes et de règles juridiques – organise le règlement des relations internationales entre personnes privées* »⁵. Il n'appréhende donc pas, en principe, « *les relations entre personnes publiques, Etats ou organisations internationales, qui relèvent du droit international public* »⁶. Le droit international public est alors l'« *ensemble des règles juridiques régissant les relations entre les Etats et les autres sujets de la société internationale* »⁷, c'est-à-dire,

¹ Lire notamment, R. Kovar, « Les rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », in *Trente ans de droit communautaire*, Bruxelles, Commission Européenne, Col. Perspectives européennes, Luxembourg 1982, pp. 115-158 ; C. Kabouris « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les autres ordres juridiques des Etats membres - quelques réflexions parfois peu conformistes », in *Du droit international au droit de l'intégration, Mélanges P. Pescatore, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, pp. 331 et s. ; A. Ondoua, « Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire en Afrique francophone ? », in *La fabrique du droit, Palabres Actuelles*, 2013, n° 6, pp. 23-44 ; P. Meyer et L. M. Ibriga, « La place du droit communautaire UEMOA dans le droit interne des Etats membres », *Revue Burkinabé de droit*, 2000, n° 38, pp. 28-39, A. L. Nguena Djoufack, « Intégration sous régionale et complexité du droit dans les Etats africains de la zone franc, *Recht in Africa – Law in Africa - Droit en Afrique* 21 (2018), pp. 125 à 149.

² Pour ne s'en tenir qu'aux ouvrages les plus récents sur la question, cf., Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Paris, Editions A. Pedone, 2000, 448 p. ; L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Editions Pedone, 2012, 380 p. ; M. Benlolo-Carabot, U. Candas et E. Cujot (dir.), *Union européenne et droit international*, Paris, Editions A. Pedone, 2013, 912 p.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^e éd., Paris, PUF, 2017, p. 567.

⁴ *Ibid.*

⁵ S. Clavel, *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 1. Pour un approfondissement sur la question, lire, entre autres, P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, 788 p.

⁶ *Ibid.*

⁷ R. Guillien, J. Vincent (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 279.

normalement « *les organisations internationales – et exceptionnellement- même si l'exception se fait de moins en moins rare – les individus* »¹.

Le droit international public se caractérise en effet par l'inter étatismisme ou l'inter gouvernementalisme qui privilégie la coopération internationale entre les Etats². En ce sens, les Professeurs Dupuy et Kerbrat notent que, « *par opposition au droit international privé, qui s'applique également dans le cadre international mais concerne les rapports entre personnes privées, le droit international public..., même s'il entretient de multiples liens avec le droit privé, notamment dans le domaine économique, s'adresse principalement aux Etats, et, par extension, aux groupements fonctionnels d'un certain nombre d'entre eux, dotés de personnalité autonome, les organisations internationales intergouvernementales* »³. C'est justement à ce niveau que réside la différence fondamentale avec le droit communautaire ou plus globalement le droit sécrété dans le cadre des processus d'intégration. Ici, ce n'est pas en principe l'inter étatismisme ou la coopération internationale entre les Etats qui est envisagée, mais plutôt une substitution ou une supranationalité à travers une organisation non pas intergouvernementale, mais d'intégration, qui sécrète un droit communautaire ou commun applicable non seulement aux Etats mais aussi et surtout aux particuliers. La CJCE affirmait en ce sens, sans ambages, que « *les sujets de l'ordre juridique communautaire sont non seulement les Etats mais aussi leurs ressortissants* »⁴. La prééminence n'est donc plus, comme en droit international public, forcément reconnue à l'Etat. Les ressortissants des Etats membres ou encore les particuliers constituent des sujets importants du droit de l'intégration, en tout cas beaucoup plus qu'ils ne le sont en droit international public. Aussi, les particuliers ne sont pas ici perçus dans la perspective des relations internationales, c'est-à-dire en tant que sujet du droit international, mais dans le cadre de leurs relations internes à l'intérieur de leurs Etats.

La distinction ainsi établie entre le droit international public et le droit de l'intégration permet de mieux saisir le sens de la présente réflexion. En effet, ce qui a conduit en Europe à marquer la spécificité du droit communautaire par rapport au droit international public et à distinguer les Communautés

¹ D. Ruzié, G. Teboul, *Droit international public*, 25^e éd., Dalloz 2019, p. 1.

² Lire, entre autres, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, 1722p. ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, 820 p.

³ P. M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 12^e éd., Paris, Dalloz 2014, p. 1.

⁴ CJCE, 05 février 1963, *Van Gend en Loos*, *op.cit.*

européennes, puis l'Union européenne des organisations de coopération intergouvernementale, c'est le développement qu'a atteint le processus d'intégration dans cet espace¹, faisant de ce dernier une référence. Il observe, en ce sens, « *qu'il existe bien des institutions dites souvent d'intégration, inspirés à bien des égards du modèle fédéral dans lesquelles s'opère en certains domaines un transfert de compétences, des Etats membres à un ou plusieurs organes communs. Le modèle le plus achevé en est constitué, dans le cadre non pas universel mais régional, par l'Union européenne. Mais ce sont là des exceptions, dont les tentatives d'imitation dans d'autres régions du monde..., beaucoup moins poussées, ont jusqu'ici le plus souvent connu l'échec* »². La Communauté ou l'Union européenne « *s'est développée en fonction d'une logique juridique qui lui est propre ; elle a élaboré ses propres règles et les a mises en œuvre conformément aux mécanismes, autonomes et spécifiques, institués par les traités constitutifs et qui se distinguent de ceux qui caractérisent tant les droits nationaux que le droit international lui-même. Sans que la liste en soit exhaustive, ces spécificités institutionnelles (au sens large) sont notamment:*

- *en ce qui concerne la formation des normes : leur élaboration par des organes permanents dotés de règles de fonctionnement qui leur sont propres ; l'abandon, dans des domaines importants et de plus en plus nombreux, du consensualisme qui caractérise le droit international général ; l'association, encore timide, de représentants des peuples au processus d'élaboration, et la capacité des Communautés de s'engager au plan international, au même titre que des Etats mais dans des domaines limités;*
- *et, pour ce qui concerne l'application des normes: l'importance prise par les «sources autoritaires», qui contraste avec leur rareté en droit international ; la non-pertinence du principe de réciprocité ; l'effectivité et l'efficacité de procédures juridictionnelles de règlement des différends et de contrôle de l'application du droit, qui excluent tout droit d'action*

¹ P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire, essai de réflexion comparative*, Centre européen universitaire, Nancy, 1969, 32 p. notamment, J. Boulouis, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, 1992, tome 235, pp. 9-80,

² P. M. Dupuy, Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 168.

unilatérale des Etats membres et, d'une manière générale, le développement d'une logique de l'appartenance »¹.

Un tel développement du droit de l'intégration ne peut être généralisé à l'Afrique qui, a ses modes et méthodes d'intégration² que l'on ne saurait ignorer. En Afrique, en effet, l'ambition d'intégration régionale au niveau continentale est encore loin d'être une réalité³. On assiste plutôt sur le chemin de la réalisation de ce projet régional à des regroupements d'Etats aux niveaux sous-régionaux au sein d'organisations dites d'intégration. On note alors sur le continent une prolifération d'organisations internationales posant, entre autres, le problème de leur concurrence⁴, de leur coordination⁵ et même de leur efficacité. Ainsi, plusieurs organisations internationales opèrent en Afrique occidentale et centrale. Certaines, inspirées de l'expérience de l'intégration européenne⁶, sont qualifiées d'organisations d'intégration économique. Elles appartiennent, soit à l'Afrique centrale (CEEAC⁷ et CEMAC⁸ notamment) soit à l'Afrique occidentale (CEDEAO⁹ et UEMOA¹⁰ notamment). D'autres, spécifiques de par leur objectif essentiellement juridique, sont qualifiées d'organisation d'intégration juridique. Elles réunissent des Etats appartenant aux deux sous-régions Afrique centrale et

¹ A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Academy of European Law (ed.), Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, Book 2, 1997, pp. 248-249.

² L. Sermet, « Modes et méthodes de l'intégration régionale en Afrique », *Revue de l'Union européenne*, n° 621, septembre 2018, pp. 475-485.

³ A. Logmo Mbeleck (dir.), *L'Union africaine : entre avancées incontestables et reculs contestables*, Yaoundé PUY, 2019, 293 p.

⁴ Cf. M. Fau-Nougaret (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2012, 447 p.

⁵ A. L. Nguena Djoufack, « La coordination entre les organisations d'intégration en Afrique Occidentale et Centrale », *Juridis périodique* n° 116, octobre-novembre-décembre 2018, pp. 151-163.

⁶ J. Kazadi Mpiana, « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *Revue libre de Droit*, 2014, pp. 38-78.

⁷ Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale. Elle regroupe onze États, a été instituée par un traité du 18 octobre 1983 révisé le 18 décembre 2019.

⁸ Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale. Elle regroupe six Etats, a été instituée par un traité du 16 mars 1994, révisé le 28 juin 2008 puis le 30 janvier 2009.

⁹ Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest. Elle regroupe quinze Etats, a été instituée par un traité du 28 mai 1975 modifié le 24 juillet 1993.

¹⁰ Union Économique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest. Elle regroupe huit Etats, a été instituée par un traité signé en janvier 1994 modifié le 29 janvier 2003.

occidentale. L'exemple par excellence est l'OHADA¹. Mais, on peut aussi classer dans cette catégorie les organisations telles que la CIMA², l'OAPI³ ou la CIPRES⁴. Qu'elles soient d'intégration économique ou juridique, toutes ces organisations instituent un ordre juridique⁵, avec un système institutionnel et un système normatif qui forment un droit qualifié tantôt de droit communautaire⁶ tantôt de droit commun ou uniforme⁷.

Au regard de l'évolution de l'intégration en Afrique occidentale et centrale, ces différentes organisations semblent ne pas connaître le même destin. Les organisations dites d'intégration économique ne connaissent pas le succès de l'intégration européenne⁸. Ces organisations font face à de nombreux obstacles⁹, et ont du mal à sortir de la démarche traditionnelle de coopération internationale et donc de s'affirmer véritablement comme des organisations d'intégration¹⁰. Ce qui a pour conséquence de les rapprocher des organisations de coopération et rapprocher leur droit du droit international public plutôt que de marquer sa spécificité. La réalité est toute autre, concernant les organisations d'intégration juridique qui, elles, connaissent plutôt un succès remarquable qui les oppose aux

¹ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Elle regroupe dix sept Etats, a été instituée par un traité du 17 octobre 1993 modifié le 17 octobre 2008.

² Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances. Elle regroupe onze Etats, a été instituée par un traité du 10 juillet 1992.

³ Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle. Elle regroupe seize Etats, a été instituée par l'accord de Bangui du 14 février 1999.

⁴ Conférence Interafricaine de Prévoyance Sociale. Elle regroupe quinze Etats, a été instituée par un traité du 22 septembre 1993.

⁵ Voir notamment, E. Gnimpieba Tonnang, *L'ordre juridique communautaire de la CEMAC*, Yaoundé, L'Harmattan, 2017, 241 p. ; A. Yaya Saar, *L'intégration juridique dans l'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 654 p.

⁶ C'est le cas des organisations d'intégration économique.

⁷ C'est le cas des organisations d'intégration juridique.

⁸ Lire notamment, M. Kamto, « La Communauté économique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC), une Communauté de plus ? », *AFDI*, XXXIII, éd. Du CNRS, Paris, 1987, pp. 839-862 ; Z. Zankia, « La crise de l'intégration sous-régionale en Afrique centrale », in A. Logmo Mbeleck (dir.), *L'Union africaine : entre avancées incontestables et reculs contestables*, op.cit., pp. 213-244, S.F. Sobze, « Le régionalisme en Afrique francophone », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, janvier-mars 2018, n°1, pp. 109-132.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ N. Mouelle Kombi, « L'intégration régionale en Afrique centrale : entre inter étatismes et supranationalisme », in H. B. Hamouda, B. Bekolo Egbe, T. Mama, (dir.), *L'intégration régionale en Afrique centrale : bilan et perspectives*, Karthala, 2003, pp. 201-229.

organisations de coopération et qui éloigne leur droit du droit international public. Les organisations d'intégration africaine ont donc leur dynamique propre¹ qu'il convient de scruter pour rendre compte de façon réelle et originale de leurs rapports avec le droit international.

La présente étude revêt alors sans doute un intérêt théorique et pratique. Sur le plan théorique, la problématique des rapports entre le droit international et le droit de l'intégration n'a pas suscité l'enthousiasme de la doctrine africaine². Pourtant, les rapports entre le droit international et le droit de l'intégration en Afrique notamment subsaharienne présentent une réalité singulière qu'il convient de saisir. Cette étude est alors une contribution à la compréhension du droit des organisations africaines d'intégration. Sur le plan pratique, remettant sur la sellette l'épineuse question de la distinction entre la coopération et l'intégration, elle permet de pénétrer la dynamique des organisations internationales étudiées, afin d'apprécier la volonté réelle des Etats à aller ou non vers une véritable intégration.

De ce qui précède, la question fondamentale de cette réflexion est celle de savoir dans quelle mesure le droit international public influence-t-il les processus d'intégration en Afrique occidentale et centrale ? La réponse à cette question a nécessité le recours, notamment, aux méthodes exégétique et comparative. La première a permis d'interpréter et de comprendre les textes fondamentaux³ et plus globalement le droit des organisations d'intégration étudiées. La seconde a aidé à confronter les différentes organisations d'intégration pour apprécier l'intensité de l'influence du droit international public sur chacune d'elles. Cette approche méthodologique a conduit au résultat suivant lequel l'influence du droit international public sur les processus d'intégration dans l'espace considéré est d'une intensité qui varie suivant le type d'organisation. Elle est prégnante dans les organisations d'intégration économique (I), alors qu'elle est minorée dans les organisations d'intégration juridique (II).

¹ J. Mouangue Kobil, « Les nouvelles dynamiques de l'intégration en Afrique », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, tome 15, 2011, pp. 45-68.

² On peut néanmoins évoquer l'article du Professeur Mouelle Kombi, ci-dessus cité. Celui-ci se limite à l'Afrique centrale et non à toute l'Afrique francophone, et ne s'intéresse pas à l'ensemble des organisations d'intégration qui existent dans cet espace, encore moins dans la perspective de leur étude comparée.

³ Ils sont essentiellement constitués des traités des organisations d'intégration et d'autres conventions subséquentes.

I. La prégnance du droit international dans les organisations d'intégration économique

La prégnance du droit international dans les organisations d'intégration économique résulte, principalement, de l'importance des bases internationales du droit de ces organisations. On note, en effet, une hypertrophie de ces bases internationales qui contraste quelque peu avec la spécificité recherchée du droit de l'intégration (A). L'influence du droit international public ne se limite pas à cette seule réalité. Les ordres juridiques des organisations d'intégration économique, un peu comme les ordres juridiques internes des Etats, consacrent des dispositions relatives au droit international public. On pourrait alors là, parler des bases communautaires du droit international dont la densité mérite d'être relevée (B).

A. L'hypertrophie des bases internationales du droit communautaire

Les Professeurs Gautron et Grard relevaient, à juste titre, concernant le droit communautaire européen, que « *le droit international public est présent – et prévalent- à travers une logique endogène du fait qu'il fournit les fondements et les techniques nécessaires à l'organisation et au fonctionnement des Communautés et de l'Union* »¹. Cette assertion est, beaucoup plus qu'en droit communautaire européen, vérifiée dans le droit des organisations d'intégration économique en Afrique francophone. Si, comme le droit communautaire européen, il a un fondement ou une origine internationale (e) (1), il y'a lieu de retenir sa plus forte propension à recourir aux mécanismes ou techniques du droit international (2).

1. L'origine internationale du droit communautaire

L'origine du droit communautaire peut être envisagée suivant la double vision interniste ou internationaliste. Du point de vue interniste, a été souvent abordée

¹ J.-C. Gautron, L. Grard, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit communautaire, op.cit.*, p. 13.

la question des fondements constitutionnels du droit communautaire¹, pour démontrer que l'engagement des Etats dans le processus d'intégration trouve sa source dans les constitutions nationales. Du point de vue internationaliste, il est également défendu la thèse de l'origine internationale du droit communautaire. En évoquant « *les fondements juridiques internationaux du droit communautaire* »², le Professeur Pellet mettait suffisamment en lumière cette idée. L'auteur affirmait ainsi s'inscrire à l'opposé d'une certaine doctrine communautariste³ qui, suivant sur ce point la jurisprudence communautaire⁴, aurait entrepris une « désinternationalisation » du droit communautaire, en niant son lien avec le droit international. Le droit communautaire est certes un droit spécifique comme le défend la doctrine communautariste, mais l'on ne peut, sauf à se mettre un voile, contester son ancrage au droit international. En tout cas, pas en ce qui concerne les organisations d'intégration économique de l'Afrique subsaharienne. S'il est vrai qu'il existe des bases constitutionnelles du droit des organisations d'intégration en Afrique noire francophone⁵, il n'en demeure pas moins vrai, également, que ce droit a des bases internationales et donc une origine internationale dont les traits sont multiples.

Les organisations d'intégration économique en Afrique occidentale et centrale ont un fondement conventionnel. Elles doivent leur existence à des traités communautaires conclus par les Etats membres suivant la procédure classique du droit international. En ce sens d'ailleurs, ces traités affirment, elles-mêmes, que « *le présent Traité entre en vigueur après sa signature par les Etats membres et sa ratification* »⁶ et qu'il « *sera ratifié à l'initiative des Hautes parties contractantes, en conformité avec leurs règles constitutionnelles respectives* »⁷.

¹ Cf. C. Grewe, H. Ruiz Fabri, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », in Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit communautaire, op.cit.*, pp. 251-282.

²A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *op. cit.*, pp. 193-271.

³ Sur l'analyse de cette doctrine, voir, A. Pellet, *op.cit.*, pp. 207-211.

⁴ Voir les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c. Enel* précités

⁵ Voir notamment, A. Ondoua, « Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire en Afrique francophone ? », *op.cit.*, pp. 23-44 ; M. L. Ndiffio Kemetio, « Les bases constitutionnelles du droit d'origine externe en Afrique francophone », *Les Annales de Droit*, n° 15, 2021, pp. 81-108.

⁶ Article 65 du Traité révisé de la CEMAC.

⁷ Article 66 du Traité révisé de la CEMAC, article 112 du Traité révisé de la CEEAC, article 116 du Traité révisé de l'UEMOA, article 89 du Traité révisé de la CEDEAO.

Or ces règles constitutionnelles sont dans l'ensemble celles prévues par les Etats dans le cadre de leurs relations internationales¹. Chaque traité communautaire constitue donc au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités « *un accord international conclu par écrit entre les Etats et régi par le droit international* »². C'est ainsi que les dispositions de ces traités³ relatives, notamment, à leur entrée en vigueur, à l'adhésion d'un nouvel Etat, au retrait d'un Etat, à la révision des traités, à leur dénonciation ne s'inscrivent pas en marge des dispositions de la Convention de Vienne. Celle-ci, sert aussi de fondement pour la définition des droits et obligations des Etats membres. Le Traité révisé de la CEDEAO affirme, en ce sens, que « *dès l'entrée en vigueur du présent Traité révisé (...), les dispositions de la Convention des Nations Unies de Vienne sur le Droit des Traités Internationaux adoptée le 23 Mai 1969 s'appliquent à la définition des droits et obligations des Etats Membres aux termes du Traité de la CEDEAO de 1975 et du présent Traité révisé* »⁴.

Cette origine internationale du droit communautaire ne se limite pas aux traités institutifs. Elle s'étend aux autres conventions et protocoles subséquents conclus par les Etats pour compléter ces traités et qui permettent de noter une certaine dynamique et densité du droit conventionnel au sein des organisations d'intégration économique. Ces conventions et protocoles visent souvent à fixer le cadre juridique relatif aux institutions communautaires de la CEMAC⁵, de la

¹ Cf., N. Mouelle Kombi, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles constitutions des États d'Afrique francophone », *RJPIC*, 2003, n° 1, pp. 223-263 ; A. Sall., « Le droit international dans les nouvelles constitutions africaines », *RJPIC*, 1997, n° 3, pp. 339- 352 ; A. Ondoua, « Le droit international dans la Constitution camerounaise », in J.-L. Atangana Amougou (dir.), *Le Cameroun et le droit international*, éd. A. Pedone, 2014, pp. 295-307.

² Article 2 paragraphe 1 (a) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

³ Cf., notamment, articles 55, 57 et 58 du Traité révisé de la CEMAC, article 109 à 111 du Traité révisé de la CEEAC, articles 103 à 107 du Traité révisé de l'UEMOA, articles 90 et 91 du Traité de la CEDEAO.

⁴ Article 92.

⁵Traité révisé de la CEMAC prévoit la conclusion des conventions régissant les cinq institutions communautaires que sont l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC), l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC), le Parlement communautaire, la Cour de justice et la Cour des comptes (articles 11, 47 et 48 du Traité révisé). A ces conventions, il faut ajouter d'autres textes conventionnels, les Statuts de la Banque des Etats de l'Afrique centrale (BEAC) annexés à la convention de Brazzaville du 22 novembre 1972, la Convention de Yaoundé du 16 octobre 1990 portant création de la Commission bancaire de l'Afrique centrale (COBAC), etc.

CEEAC¹, de l'UEMOA² ou de la CEDEAO³ ou encore à définir certaines politiques communautaires⁴. Ces conventions et protocoles sont conclus suivant la même procédure classique que les traités. Ils ou elles forment avec le traité, le droit communautaire primaire ou originaire. Cet ensemble constitue également la charte constitutionnelle de la Communauté⁵. Il est, en effet, constant que l'acte constitutif d'une organisation internationale a une double nature, formelle de traité et matérielle de constitution⁶. Comparativement aux organisations intergouvernementales, cette constitutionnalisation est bien plus poussée dans les organisations d'intégration⁷.

L'originalité de l'intégration européenne, impulsée par sa charte constitutionnelle, a conduit la doctrine à s'interroger sur la véritable nature des Communautés européennes⁸, une lecture essentiellement intergouvernementale des

¹ Le Traité révisé de la CEEAC prévoit qu'un protocole détermine le cadre juridique de ses institutions que sont : le Parlement communautaire, la Cour de justice, la Cour des comptes, les institutions financières et les institutions spécialisées. A cela, il faut ajouter, le protocole relatif à la Chambre de compensation joint au Traité en tant qu'annexe, etc. (articles 27 à 33 du Traité révisé).

² L'article 38 du Traité révisé exige que le cadre juridique de la Cour de justice et de la Cour des comptes soit fixé par un protocole additionnel. A sa suite, l'article 39 précise que ce protocole additionnel « fait partie intégrante du présent Traité ». Toutefois, à la différence des autres, le traité de cette organisation prévoit que le cadre juridique de son institution parlementaire (Parlement de l'UEMOA) est déterminé « par voie d'acte additionnel de la Conférence des Chef d'Etat et de Gouvernement » et non par voie de convention ou de protocole (article 37 du Traité révisé). Mais, ce Parlement est plutôt régi par une convention.

³ L'article 6 du Traité révisé de la CEDEAO affirme que « les institutions de la Communauté exercent leurs fonctions et agissent dans les limites des pouvoirs qui leurs sont conférés par le présent Traité et par les Protocoles y afférents ». Ainsi est-il prévu la conclusion d'un protocole fixant le cadre juridique du Parlement communautaire, du Conseil économique et social, de la Cour de justice, du Tribunal arbitral (articles 13 à 16 du Traité révisé).

⁴ En ce sens, l'article 101 du Traité révisé de l'UEMOA prévoit que les politiques sectorielles de la Communauté sont énoncées et définies dans un Protocole additionnel. Celui-ci, conformément à l'article 102, fait partie intégrante du Traité.

⁵ La CJCE affirmait en ce sens que le Traité communautaire, « bien que conclu sous forme d'un accord international n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une Communauté de droit », Cf. Avis 1/91 du 14 décembre 1991, Rec. 1-6079.

⁶ R. Monaco, *Le caractère constitutionnel des actes constitutifs d'organisations internationales*, Mélanges offerts à Ch. Rousseau, *La communauté internationale*, Pedone, 1974, pp. 153 et s.

⁷ J.-Cl. Gautron, L. Grard, *op. cit.*, pp. 19 à 21.

⁸ Lire notamment, Ch. Leben, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, pp.61-72.

organisations internationales¹ conduisant logiquement à leur refuser cette qualification et à voir en elle l'émergence d'une nouvelle catégorie de sujet. Ce qui n'est pas tout à fait exact. Une doctrine suffisamment avertie, qui emporte notre conviction, relevant la flexibilité de la notion d'organisation internationale², affirme, malgré la spécificité des Communautés européennes ou de l'Union européenne³, qu'elles sont des organisations internationales⁴, plus précisément dans leur « *manifestation très avancée* »⁵ ou leur « *modèle le plus achevé* »⁶. Conséquemment, les organisations d'intégration économique africaines, moins avancées, moins achevées que les Communautés européennes ou l'Union européenne, sont-elles aussi, sans doute, des organisations internationales. D'ailleurs, certaines de leurs mécanismes ou techniques de fonctionnement sont celles des organisations intergouvernementales.

2. L'excessif recours aux mécanismes ou techniques du droit international

Les organisations d'intégration économique en Afrique occidentale et centrale font abondamment recours aux techniques du droit international. Ceci est la résultante, comme le relevait déjà le Professeur Mouelle Kombi⁷, d'une certaine prééminence de l'inter étatisme ayant pour conséquence une fragilisation de l'intégration ou de la supranationalité.

¹ Le Professeur Virally définissait en ce sens, l'organisation internationale, comme « *une association d'Etats, établie par accord entre ses membres et doté d'un appareil permanent d'organes chargés de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun par une coopération entre eux* ». Cette définition réduit les organisations internationales à la catégorie des organisations de coopération. Cité par A Pellet, *op.cit.*, p. 233.

² M. Virally, *Remarques sur la classification des organisations internationales*, Miscellanea Ganshof Van der Meersch, Bruylant LGDJ, 1972, pp. 283 et s.

³ Cette spécificité n'est d'ailleurs pas ignorée par les internationalistes. Cf. entre autres, J. Combacau, S. Sur, *op.cit.*, pp. 707-708, A. Pellet et P. Daillier, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 644.

⁴ A. Pellet, *op. cit.*, pp. 221 et s.

⁵ J.-L. Victor, *L'ordre juridique communautaire*, Paris, coll. Perspectives européennes, 1988, p. 173. Cf. également G. Scelle, *Droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, pp. 250 et s.

⁶ P. M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 168.

⁷ N. Mouelle Kombi, « L'intégration régionale en Afrique centrale ... » *op.cit.*, pp. 201-229.

D'abord, comme en droit international¹, la construction des organisations d'intégration repose fondamentalement sur la volonté des Etats membres². Celle-ci conditionne non seulement la naissance mais aussi la vie de ces organisations³. S'agissant de leur naissance, ces organisations existent parce que les Etats membres ont pris l'engagement de leur donner vie par la voie d'un traité international qu'ils prennent le soin de ratifier ou auquel ils adhèrent, exactement comme cela se fait en droit international. Quant à leur vie, les procédures de retrait, de dénonciation, de révision des traités, consacrées en droit international et instituées dans les chartes constitutionnelles des organisations d'intégration, illustrent parfaitement l'expression de la volonté des Etats. Aussi, la vie de ces organisations dépend de la volonté des Etats de respecter leurs engagements et donc de participer effectivement à la réalisation du projet commun. D'où le principe de l'obligation de fidélité des Etats, posé en droit international⁴, et repris par les traités des organisations d'intégration⁵.

Ensuite, l'association des Etats d'Afrique occidentale et centrale dans le cadre des organisations d'intégration économique repose sur un ensemble de principes inspirés du droit international, puisqu'il s'agit des mêmes principes classiques qui régissent relations entre Etats. Il s'agit, notamment, des principes de souveraineté, d'égalité et d'indépendance de tous les Etats, d'intangibilité des frontières, de bon voisinage, de non-ingérence dans leurs affaires intérieures, de non-agression, de non recours à la force pour le règlement des différends etc.⁶ Ces principes fondamentaux, posées par les traités communautaires, traduisent davantage la volonté de « *garantir la permanence, l'intangibilité et la sacralité de la figure de l'Etat* »⁷, plutôt que celle d'aller vers une véritable intégration des peuples des Etats membres. Il y'a donc lieu de craindre que le principe de

¹ Cf. M. Kamto, *La volonté de l'Etat en droit international*, Académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2007, 428 p.

² En droit international, il est établi, qu' « *un Etat ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement* » (CIJ, 28 mai 1951, *Avis consultatif relatifs aux réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. CIJ, p. 21).

³ Cf., N. Mouelle Kombi, « L'intégration régionale en Afrique centrale ... » *op.cit.*, pp. 201-229 ; M. L. Ndiffio Kemetio, « Multiplication des organisations d'intégration et souveraineté des Etats en Afrique », *RDP*, novembre 2020, pp. 1663 et s.

⁴ Cf., notamment, articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁵ Cf. articles 4 du Traité de la CEMAC, 5 du Traité de la CEEAC, 7 du Traité de l'UEMOA et 5 du Traité de la CEDEAO.

⁶ Cf. les articles 3 du Traité de la CEEAC et 4 du Traité de la CEDEAO.

⁷ N. Mouelle Kombi, « L'intégration régionale en Afrique centrale ... », *op. cit.*, p. 211.

réciprocité applicable en droit international garde dans ces organisations une certaine pertinence, alors même qu'il est reconnu comme inapproprié dans le cadre de l'intégration communautaire. L'application des principes du droit international ainsi posés devrait, en effet, être adaptée aux exigences de flexibilité qu'impose aux Etats la réalisation du processus d'intégration¹.

Aussi, il convient de relever une certaine vitalité de la coopération internationale dans les processus d'intégration économique en Afrique occidentale et centrale. Le Professeur Kamto notait qu'« *il arrive en pratique, la distinction de la coopération et de l'intégration s'estompe, et les gouvernements recourent alors à la coopération pour promouvoir l'intégration* »². Cette réalité, marquée dans les organisations d'intégration économique en Afrique subsaharienne, traduit l'idée de « *l'intégration par voies de conventions internationales* » telle que l'a relevé le Professeur Cerexhe³. Les traités fondamentaux de ces organisations instituent, en effet, une pléthore de domaines dans lesquels les Etats entendent mettre sur des mécanismes de coopération ou de coordination. Cette coopération, particulièrement élaborée dans les traités de la CEEAC⁴ et de la CEDEAO⁵ n'est pas non plus moins prononcée dans les traités de la CEMAC⁶ et de l'UEMOA⁷ alors même que les Etats « *entendent passer d'une situation de coopération, qui existait déjà entre eux, à une situation d'union susceptible de parachever le processus d'intégration* »⁸. La réalité qui se traduit plutôt par l'« *hypertrophie des logiques de coopération et de coordination* »⁹ prouve que l'on est encore loin de cet idéal d'intégration, mais davantage en présence des mécanismes classiques du droit international public.

Enfin, le statut juridique de ces organisations revêt un certain classicisme¹⁰ au regard des organisations classiques de coopération. D'une part, comme les

¹ Par exemple, le principe de souveraineté ne devrait pas conduire les Etats à refuser de transférer certaines de leurs compétences comme l'exige l'intégration. De même, la libre circulation ne peut être effective que si les Etats acceptent un certain relâchement au niveau de leur frontière, etc.

² M. Kamto, « La Communauté économique des Etats de l'Afrique... », *op.cit.*, p. 859.

³ E. Cerexhe, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration économique », *Revue burkinabé de droit*, n° spécial 39-40, 2001, pp. 21 et s.

⁴ Articles 4, 34 à 90 du traité de la CEEAC.

⁵ Articles 3, 4, 26 à 67 du traité de la CEDEAO.

⁶ Cf. notamment la Convention de l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC)

⁷ Article 2 et titre IV du traité de l'UEMOA.

⁸ Cf. article 2 du traité de la CEMAC.

⁹ N. Mouelle Kombi, « L'intégration régionale en Afrique centrale ... », *op.cit.*, pp. 218-223.

¹⁰ *Ibid.*, p. 213.

organisations de coopération, elles ont une personnalité juridique qui leur confère une certaine protection et capacité aussi bien dans les ordres juridiques internes que dans l'ordre international¹. D'autre part, comme celle des organisations de coopération, leur structure institutionnelle est marquée par la prééminence de la figure étatique. C'est ainsi que les organes politiques ou intergouvernementaux que sont la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement² et le Conseil des ministres³ y ont une place primordiale⁴ par rapport à l'organe parlementaire⁵ et aux organes intégrés, notamment⁶ exécutifs⁷ et juridictionnels⁸ dont la contribution à l'intégration est encore peu significative, comparée à l'exemple de l'Union européenne.

Le recours aux techniques du droit international aurait donc pour conséquence logique la fragilisation de l'intégration sous-régionale. L'ambition juridique miroitée⁹ est loin de se concrétiser. Ceci se confirme à l'analyse de la portée très relative des ordres juridiques¹⁰ des organisations concernées dont les principes cardinaux d'applicabilité immédiate, directe et de primauté restent plus des

¹ Articles 3 du Traité de la CEMAC, 6 du Traité de la CEEAC, 87 du Traité de l'UEMOA, 88 du Traité de la CEDEAO.

² Cf., articles 12 à 16 du Traité de la CEMAC, 12 à 14 du Traité de la CEEAC, 17 à 19 du Traité de l'UEMOA, 7 à 9 du Traité de la CEDEAO.

³ Cf., articles 17 à 24 du Traité de la CEMAC, 15 à 18 du Traité de la CEEAC, 20 à 25 du Traité de l'UEMOA, 10 à 12 du Traité de la CEDEAO.

⁴ En effet, non seulement ces organes politiques conservent l'essentiel du pouvoir normatif, mais aussi, ils exercent une influence directe sur la composition des autres institutions et/ou organes communautaires.

⁵ Il s'agit du Parlement communautaire. Cf., articles 46 et 47 du Traité de la CEMAC, 27 et 28 du Traité de la CEEAC, 35 à 37 du Traité de l'UEMOA, 13 du Traité de la CEDEAO.

⁶ En effet, en plus des organes expressément cités, ces organisations créent également des organes consultatifs et des institutions ou organes spécialisées.

⁷ C'est le cas de la Commission ou du Secrétariat exécutif. Cf., articles 25 à 39 du Traité de la CEMAC, 19 à 21 du Traité de la CEEAC, 26 à 34 du Traité de l'UEMOA, 17 à 19 du Traité de la CEDEAO.

⁸ Chacune des organisations d'intégration économique a institué des organes juridictionnels, notamment une Cour de justice, gardien de l'ordre juridique communautaire. Cf., articles 46 et 48 du Traité de la CEMAC, 29 et 30 du Traité de la CEEAC, 38 et 39 du Traité de l'UEMOA, 15 du Traité de la CEDEAO.

⁹ Cf. notamment, J. Bipele Kemfouedio, « La contribution des techniques juridiques dans la consolidation de l'intégration économique en zones CEMAC et UEMOA », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, janvier-mars 2020, pp. 3-35.

¹⁰ Cf. en ce sens, N. Mouelle Kombi, « L'intégration régionale en Afrique centrale ... », *op.cit.*, pp. 223-226.

énoncés que des réalités concrètes¹. L'on observe notamment une certaine faiblesse du pouvoir normatif communautaire et donc du droit communautaire dérivé² souvent limité à des prescriptions minimales et des règlements cadres³, de même qu'une déficience de l'application effective du droit communautaire non seulement dans les ordres juridiques nationaux⁴ mais aussi dans les ordres juridiques communautaires.

B. La densité des bases communautaires du droit international

Le juge Pescatore écrivait que « *le droit communautaire ne peut pas se borner à affirmer sa prétention de pénétrer à l'intérieur de l'ordre juridique des Etats membres ; il doit, à son tour, se montrer sensible aux exigences découlant de la création (...) d'un ordre juridique à l'échelle internationale* »⁵. En ce sens, les traités communautaires des organisations d'intégration économique en Afrique occidentale et centrale contiennent une foultitude de dispositions relatives au droit international. Ces dispositions mettent le droit international en relation tantôt avec les Etats membres des organisations (1), tantôt avec les communautés elles-mêmes (2).

1. La relation entre les Etats membres et le droit international

La relation entre les Etats et le droit international est, en principe, organisée par l'ordre juridique interne, notamment par les constitutions nationales. Toutefois, associés au sein de l'organisation, les Etats membres peuvent, à travers les traités communautaires, fixer ensemble des règles communes concernant cette relation. La relation entre les Etats membres et le droit international, telle que cela ressort des dispositions des traités des organisations d'intégration

¹ C'est sur ces principes solidement ancrés que repose le succès de l'intégration européenne.

² Les organes communautaires disposent d'un pouvoir normatif dont les actes qui en résultent rappellent la nomenclature de ceux de l'Union européenne : Règlements, directives, décisions, recommandations et avis. Cf., articles 40 à 45 du Traité de la CEMAC, 14 et 18 du Traité de la CEEAC, 42 à 46 du Traité de l'UEMOA, 9 et 12 du Traité de la CEDEAO.

³ Article 8 du Traité de la CEMAC, 5 du traité de l'UEMOA.

⁴ Cette observation générale doit néanmoins être relativisée en ce qui concerne l'intégration monétaire qui connaît plutôt un certain succès au regard notamment de l'intensité de l'harmonisation des législations dans ce domaine. Cet aspect rapproche les organisations d'intégration économique et monétaire des organisations d'intégration juridique. Cf., N. Mouelle Kombi, « Les aspects juridiques d'une union monétaire : l'exemple de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale », *RGDIP*, éd. pedone, Paris, 2001, pp. 551-557.

⁵ Préface, O. Jacot Guillarmod, *Droit communautaire et droit international public*, Georg-Librairie de l'Université de Genève, 1979, 299 p.

économique en Afrique occidentale et centrale revêt une double dimension : elle est relative, d'une part, aux accords conclus par les Etats membres et, d'autre part, à l'application du droit international par ces derniers.

L'engagement des Etats dans le cadre de l'intégration communautaire ne met pas fin à leur capacité internationale. Ceux-ci restent des sujets du droit international, libres de conclure d'autres conventions ou accords internationaux. D'ailleurs, les traités constitutifs des organisations d'intégration économique les invitent notamment pour la détermination des règles fondamentales relatives aux institutions communautaires ou à certaines politiques communautaires à conclure des conventions ou protocoles qui sont joints à ces traités et qui forment avec eux le droit communautaire originaire. En dehors de cette hypothèse, il n'est pas exclu que les Etats membres pour faciliter la bonne exécution des traités communautaires, et donc dans l'intérêt de la réalisation des objectifs communautaires, concluent entre eux d'autres accords que l'on pourrait classer dans la catégorie du droit international complémentaire au droit communautaire¹. Il s'est souvent posé, la délicate question du rapport de ce droit complémentaire avec l'ordre juridique communautaire, étant entendu qu'il n'est pas en principe considéré comme faisant partie du droit communautaire originaire ou dérivé². Mais il peut être incorporé à ce dernier par un règlement communautaire³. Enfin, les Etats membres peuvent conclure des accords avec les Etats tiers ou des organisations internationales, même dans les domaines saisis par le droit communautaire, dès lors qu'on n'est pas dans l'hypothèse d'une compétence exclusive de la Communauté.

Les organisations d'intégration économique prennent en compte cette subsistance de la capacité internationale des Etats et leur imposent, notamment dans le cadre de leur obligation de fidélité, de s'assurer que leurs engagements internationaux ne soient pas conclus en violation des traités communautaires⁴ et ne compromettent donc pas les objectifs définis par ces derniers. Ils doivent à cet effet prendre des dispositions pour éviter toute incompatibilité entre leurs

¹ Cf. en ce sens, J.-C Gautron, L. Grard, *op.cit.*, p. 127.

² *Ibid.*, p. 140. Cf. aussi, G. Isaac, M. Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^e éd., Dalloz, 2001, p. 170.

³ Cf. J. Mouangue Kobil, Cours polycopié de droit institutionnel de la CEMAC, 1^{ère} année de Doctorat FSJP/Universités de Douala et de Dschang, 2005, *inédit*, p. 48.

⁴ S. Marcus-Helmons, « Les effets en droit communautaire d'un accord international conclu par un Etat membre des communautés en violation d'un engagement antérieur », *R.B.D.I.*, 1967, pp. 379-403.

accords internationaux et les traités communautaires et prendre toute mesure nécessaire pour gommer ces incompatibilités lorsqu'elles existent déjà¹. Les cours de justice communautaires peuvent être saisies, dans le cadre de leur fonction consultative pour se prononcer par voie d'avis sur la compatibilité entre ces accords et les traités communautaires².

La relation entre le droit international et les Etats membres telle qu'elle résulte des traités communautaires ne se limite pas à cet encadrement des accords conclus par ces derniers. A travers certaines dispositions des traités communautaires, les Etats membres s'engagent dans la mise en œuvre des politiques communautaires, à faire application du droit international. Ces engagements qui confirment l'emprise du droit international dans les processus d'intégration existent particulièrement dans les traités de la CEEAC et de la CEDEAO, et pourraient se justifier par la vitalité de la coopération observée dans ces organisations. Ils concernent, d'une part, certains principes fondamentaux du droit international public repris par ces traités³ et, d'autre part, certains textes internationaux universels et régionaux expressément cités⁴. Les Etats membres s'engagent à se conformer à ces principes et textes pour la réalisation des objectifs communautaires. Bien évidemment, cette application pourrait être étendue à l'ensemble du droit international, dès lors que cela est favorable à la mise en œuvre des politiques communautaires et qu'elle se fait suivant les règles constitutionnelles nationales relatives au droit international. En ce sens, par exemple, les Etats de la CEEAC s'engagent expressément à respecter les « *autres instruments internationaux et africains pertinents* »⁵.

¹Cf., articles 47 et 102 du Traité de la CEEAC, 14 du Traité de l'UEMOA, 43 et 84 du Traité de la CEDEAO.

² Articles 34 de la Convention régissant la Cour de justice de la CEMAC du 30 janvier 2009, 102 du Traité de la CEEAC, 27 de l'Acte additionnel n° 10/96 portant statut de la Cour de justice de l'UEMOA.

³ Cf. articles 3 du Traité de la CEEAC, 4 du Traité de la CEDEAO.

⁴ Cf., notamment articles 3 (c), 34 (2d), 36 (3), 39 (4), 53, 54 et 57 du Traité de la CEEAC, 4 (g), 45 du Traité de la CEDEAO, 87 du Traité de l'UEMOA. La synthèse de ces dispositions permet d'observer que sont visés notamment : la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, l'Acte constitutif de l'Union Africaine, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples, la Charte africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance, l'Accord Général sur le Commerce des Services, l'Accord instituant la Zone de Libre-Echange Continentale Africaine (ZLECAF), les Accords régionaux et internationaux en matière d'environnement.

⁵ Article 3 (c) du Traité.

L'engagement des Etats dans les traités communautaires, à faire application du droit international, soulève néanmoins une question essentielle, celle du contentieux relatif à l'inobservation des principes et textes internationaux visés. Leurs violations pourraient-elles être considérées comme des manquements aux dispositions des traités communautaires et sanctionnées par les instances communautaires compétentes ? Une telle analyse est plausible et pourrait déboucher sur la problématique des conflits de compétences entre les juridictions communautaires et internationales.

2. La relation entre les communautés et le droit international

Bien que formées des Etats membres, les organisations d'intégration dispose d'une certaine autonomie institutionnelle et fonctionnelle qui les met directement en relation avec le droit international, posant la problématique de l'articulation entre ce dernier et le droit communautaire. Il revient alors aux ordres juridiques de ces organisations d'aménager, comme le font les ordres juridiques nationaux, les modalités de cette relation¹. C'est ainsi, que comme les constitutions nationales, les traités communautaires contiennent des dispositions relatives aux relations entre les Communautés et le droit international. Celles-ci permettent de saisir deux préoccupations : d'une part, celle des accords conclus par les communautés et d'autre part celle de l'application du droit international par ces dernières.

Les organisations d'intégration économique, comme d'autres organisations internationales², disposent de la personnalité juridique en général et de la personnalité juridique internationale en particulier. Cette dernière leur confère la capacité d'entretenir des relations externes³ et de conclure, par le biais de leurs organes compétents⁴ et suivant les modalités indiquées, des accords internationaux soit avec les Etats tiers, soit avec d'autres organisations

¹ J. Boulouis, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *op. cit.*, pp. 9-80.

² Cf., J.-P. Puissochet, « L'affirmation de la personnalité internationale des Communautés européennes », in *l'Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, J. Charpentier, « De la personnalité juridique de l'Union européenne », in *Mélanges Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, pp. 93 et s.

³ Cf., en ce sens, E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2010, 216 p., A. Fenet, *Droit des relations extérieure de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, 396 p.

⁴ Il s'agit notamment de la Commission ou du Conseil des ministres selon le cas.

internationales¹. Une fois conclus, ces accords internationaux des communautés, dans une logique moniste, s'insèrent dans les ordres juridiques communautaires et font parties de leurs sources juridiques². Ils s'y trouvent dans un rapport hiérarchique avec les autres sources du droit communautaire, et ont une valeur inférieure aux traités qui en tant chartes constitutionnelles sont les normes fondamentales, mais supérieure au droit communautaire dérivé³. La Cour de justice de l'UEMOA l'a clairement admis, en affirmant que « *ces accords (...) sont en principe classés, dans la hiérarchie de normes communautaires, au-dessus des actes communautaires unilatéraux tels que les règlements, les directives et les décisions* ⁴», et donc en dessous du traité communautaire. Ceci n'est totalement vrai que lorsqu'on se situe du point de vue interne à l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire d'après la vision communautariste. Du point de vue externe ou internationaliste, l'on est plutôt porté à défendre la thèse de la primauté de ces accords internationaux sur l'ensemble du droit communautaire dérivé et originaire⁵. Ainsi, la querelle de la primauté ne se situerait plus simplement entre le droit international ou communautaire et le droit interne⁶, mais également entre le droit international et le droit communautaire⁷. Celle-ci pourrait

¹Articles 8, 35 et 56 du Traité de la CEMAC, 6, 102 et 103 du Traité de la CEEAC, 13, 84 et 85 du Traité de l'UEMOA, 79, 83 et 88 du Traité de la CEDEAO.

² Cf. J. Rideau, « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 28, L. Dupont, *Les accords internationaux conclus par l'Union européenne : une source de droit particulière. Analyse sous l'angle de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Mémoire de Master en Droit, à finalité droit transnational, comparé et étranger, 2016-2017, 84 p.

³ Cf. en ce sens, Ph. Manin, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », in SFDI, *Droit international et droit communautaire*, *op.cit.*, p. 162.

⁴ CJ/UEMOA, Avis n° 002/2000 du 02 février 2000, sur demande de la Commission, relative à l'interprétation de l'article 84 du Traité de l'UEMOA.

⁵ L'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986 dispose que « *une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité* ».

⁶ D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 14 (6), novembre-décembre 1998, pp. 1094-1104, J. Bipele Kemfouedio, « Droit communautaire d'Afrique centrale et constitutions des Etats membres : la querelle de la primauté », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, tome13, 2009, pp. 109-134.

⁷Cf. J Groux, Ph. Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, 1984, Office des publications de la Communauté européenne, p. 115 ; Z. Zankia, « L'autorité de l'ordre juridique communautaire en Afrique centrale et occidentale », *Juridis périodique*, n° 10, avril-mai-juin 2017, pp. 120-125.

être limitée par la recherche de la compatibilité entre les deux sources. En ce sens, les organisations d'intégration économique en Afrique subsaharienne ont consacré le contrôle de compatibilité des accords internationaux de la Communauté avec les traités communautaires. Celui-ci est effectué par la Cour de justice ou le Parlement communautaire qui peuvent émettre des avis avant la conclusion de l'accord international par l'organe compétent¹, et son entrée en vigueur. C'est l'hypothèse du contrôle *a priori* qui permettrait de préserver la suprématie des traités communautaires, puisqu'un accord international déclaré incompatible ne devrait pas, en principe, être conclu par la Communauté. Cette suprématie pourrait devenir discutable, si ce contrôle aboutissait à une révision du traité pour le rendre compatible à l'accord international, plutôt qu'au refus de conclure ledit accord en l'état². Quoiqu'il en soit, le contrôle *a priori* n'exclut pas toute hypothèse de conflit qui pourrait toujours se révéler une fois l'accord conclu et en vigueur. C'est pourquoi, il est également prévu un contrôle *a posteriori* des accords entrés en vigueur³. C'est le sens de la disposition textuelle de certaines organisations suivant laquelle, les organes communautaires peuvent recueillir l'avis de la Cour de justice communautaire « *sur la compatibilité d'un accord international, existant ou en voie de négociation, avec les dispositions du Traité* »⁴.

Faisant parties des ordres juridiques communautaires, les accords internationaux conclus par les Communautés s'imposent à la fois aux Etats membres et aux institutions et organes communautaires⁵ qui sont alors tenus de les appliquer. Mais la problématique de l'application du droit international par les communautés ne se limite pas à cette hypothèse, elle est beaucoup plus complexe⁶. En tant

¹Articles 34 de la Convention du 30 janvier 2009 régissant la Cour de justice de la CEMAC, 25 de la Convention du 25 janvier 2008 régissant le Parlement de la CEMAC, 102 du Traité de la CEEAC, 27 de l'Acte additionnel n° 10/96 portant statut de la Cour de justice de l'UEMOA etc.

² Cf. en ce sens, R. Kovar, « La compétence de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté Economique Européenne », *Mélanges P. Reuter*, Pédone, 1981, p. 357, Biber, « Les limites matérielles à la révision des traités établissant la Communauté Européenne », *R.M.C.U.E.*, 1993, p. 334.

³ J. Charpentier, « Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté », *R.M.C.U.E.*, juin 1997, n° 409, pp. 413-421.

⁴Article 34 de la Convention régissant la Cour de justice de la CEMAC, article 27 de l'Acte additionnel n° 10/96 portant statut de la Cour de justice de l'UEMOA.

⁵ En ce sens, CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, 181/73, Rec. 449

⁶ Cf. P. Reuter, « Le droit international comme source du droit communautaire », in W. J. Ganshof Van Der Meersch (éd.), *Droit des Communautés européennes*, Larcier, Bruxelles, 1969, pp. 437-440.

que sujet du droit international, ces organisations appliquent celui-ci notamment dans le cadre de leurs relations internationales¹. En dehors de ces relations internationales, elles peuvent directement faire application du droit international dans la mise en œuvre des politiques communautaires. Deux exemples peuvent permettre de l'illustrer. Le premier concerne l'UEMOA qui s'engage dans la mise en œuvre de la libre circulation des marchandises et de la politique commerciale commune de se conformer à l'Accord général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT)². Le second concerne la CEEAC qui s'engage la mise en œuvre de sa politique en matière de protection des migrants, des réfugiés et des déplacés, à se conformer « *au droit international pertinent en la matière* »³. Mais cette référence à certains textes internationaux n'est pas limitative, les institutions ou organes communautaires pouvant, comme le démontre l'exemple du droit communautaire européen, directement faire application d'autres conventions internationales et même des sources non conventionnelles notamment les règles internationales coutumières⁴, les principes généraux de droit international⁵ ou même les actes unilatéraux d'autres organisations internationales, comme les résolutions du Conseil de sécurité⁶. Aussi, le droit international constitue pour le droit communautaire une source matérielle dont il pourrait s'inspirer ou alors qu'il pourrait s'approprier⁷. Cette appropriation normative lui éviterait d'édicter des règles dans des domaines ou des règles internationales existent déjà, dès lors que celles-ci peuvent être efficacement appliquées dans l'ordre juridique communautaire. Les organisations d'intégration économique pourraient, en ce sens, tirer bénéfice du droit secrété par les organisations d'intégration juridique.

¹ Cf., Ph. Manin, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », *op.cit.*, p. 161.

² Articles 77 et 83 du Traité révisé.

³ Article 88 du Traité révisé.

⁴ Cf., CJCE, 16 juin 1998, aff. C-162/96, *A. Racke and C et Hauptzollmat Mainz*, Rec. I-3688.

⁵ Cf., CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Van Duy c/ Home office*, Rec. 1337.

⁶ Cf., CJCE, 27 février 1997, *Ebony Maritime SA et Loten Navigation CO Ltd*, aff. C-177/95, Rec. I-1111.

⁷ Sur cette question du droit international comme source matérielle du droit communautaire, lire notamment, J.-C. Gautron, L. Grard, *op.cit.*, p. 122-127.

II. La minoration du droit international dans les organisations d'intégration juridique

Les organisations d'intégration juridique ont une philosophie différente de celles des organisations d'intégration économique¹. Ces dernières visent la mise en place d'une union économique et monétaire, voire politique, et mettent sur pied un droit communautaire pour atteindre cet objectif. Or les organisations d'intégration juridique ont un objectif essentiellement juridique, consistant à mettre sur pied un espace juridique commun, notamment, pour le développement économique des Etats. Elles ne reposent donc pas sur une union économique, monétaire ou politique. Cette philosophie justifie, sans doute, que le droit international n'occupe pas dans ces organisations une place essentielle comme dans les organisations d'intégration économique. On peut alors noter dans ces organisations, une marginalisation (A) et, de façon concrète, un dépassement du droit international (B).

A. La marginalisation du droit international

Malgré leur spécificité, l'on ne saurait nier l'existence du rapport entre le droit international et les organisations d'intégration juridique. Mais, l'influence du droit international est ici relativisée par rapport au cas des organisations d'intégration économique. Bien que présent, le droit international est en réalité moins expressif dans ces organisations. L'on peut l'apercevoir en relevant la pondération qui est observée dans les bases internationales du droit de l'intégration juridique (1) et la discrétion qui caractérise les bases du droit international dans ce droit de l'intégration juridique (2).

1. La pondération des bases internationales du droit de l'intégration juridique

Comme les organisations d'intégration économique, les organisations d'intégration juridique ont une origine conventionnelle parce que nées des traités. L'OHADA, la CIMA, l'OAPI ou la CIPRES, trouvent leur fondement dans des traités internationaux conclus entre les Etats membres, suivant la procédure classique

¹ J. Paillusseau, « Le droit OHADA, un droit très important et original », *Pratiques et actualités du droit OHADA*, Journée d'études Juriscope Poitiers, www.ohada.com, *Ohada D-12-64*, pp. 101 et s. ; E. Vignon, « Peut-on qualifier le droit OHADA de droit communautaire ? », www.ohada.com, *Ohada D-10-51*, 3 p. ; Z. Zankia, « Le droit de l'OHADA et le droit communautaire », *Annales africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar*, Vol 1, avril 2021, pp. 401- 432.

du droit international¹. Ainsi, comme tout traité international, ces traités observent l'exigence de signature et de ratification par les Etats membres suivant « *leurs procédures constitutionnelles* »² ou « *leurs règles constitutionnelles respectives* »³ relatives à leurs engagements internationaux. De même, les modalités d'entrée en vigueur, d'adhésion d'un nouvel Etat, de retrait d'un Etat, de révision ou de modification de ces traités, de leur dénonciation ne s'inscrivent pas en marge du droit international classique⁴. Il s'agit donc des traités au sens de la Convention de Vienne de 1969.

Ces traités constituent, pour chacune de ces organisations, le droit originaire, c'est-à-dire, comme dans d'autres organisations internationales, la charte constitutionnelle de l'ordre juridique qu'elles entendent instituer. On peut ici noter, la simplicité du droit originaire des organisations d'intégration juridique qui contraste avec la complexité du droit originaire des organisations d'intégration économique. En effet, la dynamique conventionnelle qui justifie la densité du droit originaire dans les organisations d'intégration économique n'est pas opérante dans les organisations d'intégration juridique. L'objectif d'intégration juridique oblige, sans doute, les Etats à donner la priorité au droit dérivé plutôt qu'au droit conventionnel.

En outre, il convient de relever la nature internationale des organisations créées par les Etats en vue de la réalisation de leur objectif d'intégration juridique. Même si les traités les instituant ne prennent pas toujours le soin de le mentionner, de façon précise⁵, les organisations d'intégration juridique sont des organisations internationales au sens du droit international public. Une telle lecture ne saurait être contestée dès lors que l'on définit au sens large, l'organisation internationale, comme « *une association d'Etats, constituée par un traité, dotée d'une constitution et d'organes et possédant une personnalité juridique distincte de*

¹ Cf. en ce sens, J. Biomo, « L'OHADA et le droit public : Recherche des règles de droit public dans la consistance de l'Organisation », *www.ohada.com, Ohadata D-18-09*, pp. 3-7.

² Article 52 du Traité modifié de l'OHADA.

³ Articles 59 du Traité instituant la CIMA, 42 de l'Accord révisé instituant l'OAPI, 53 du Traité instituant la CIPRES.

⁴ Cf. articles 52 à 63 du Traité modifié de l'OHADA, 59 et 60 du Traité instituant la CIMA, 43 à 48 du l'Accord révisé instituant l'OAPI, 44 et 45 du Traité instituant la CIPRES.

⁵ Article 3 du Traité modifié de l'OHADA, Préambule du Traité instituant la CIMA, Préambule du Traité instituant la CIPRES.

celle des Etats membres »¹. Aucun de ces éléments de définition n'est absent dans les organisations d'intégration juridique. C'est donc, à juste titre, que le Professeur Paillusseau affirmait concernant l'OHADA que c'est « *une organisation internationale instituée par le traité pour effectuer des missions déterminées* »².

Mais, les organisations d'intégration juridique sont incontestablement des organisations internationales particulières ou exceptionnelles. Les Professeurs Pellet et Daillier distinguant « *les organisations de coopération ou de coordination des organisations d'intégration ou d'unification* » concluaient, en ce sens, que dans « *une société internationale relationnelle, ces dernières restent exceptionnelles* »³. Il est très souvent fait allusion aux Communautés européennes ou à l'Union européenne pour l'illustrer. Pourtant, les organisations d'intégration juridique en Afrique en constituent des exemples importants, peut-être même d'une singularité certaine. Le Professeur Doumbe-Bille affirmait, en ce sens que la réalité du système OHADA, « *atteste, à travers la finalité poursuivie de l'intégration juridique du droit des affaires, de sa singularité dans le monde très divers des organisations internationales* »⁴.

Cette particularité justifie, sans doute, que ces organisations ne fassent pas autant recours aux techniques du droit international public que les organisations d'intégration économique. Il est vrai que celles-ci font recours à un ensemble de règles observées dans toute organisation internationale dont quelques-unes peuvent être mises en exergue. D'abord, la volonté des Etats est une condition d'existence et de vie de ces organisations. Ensuite, ces organisations ont une personnalité juridique. Enfin, elles ont une structure institutionnelle dans laquelle la place des Etats membres reste déterminante. Toutefois, à la différence des organisations d'intégration économique, le recours aux techniques du droit international y est moins marqué. Quelques exemples permettent de l'illustrer.

D'abord, les principes du droit international régissant les relations entre Etats dont l'objectif est comme on l'a relevé d'assurer une protection de la figure étatique ne connaissent pas dans les traités des organisations d'intégration

¹ Définition proposée en 1956 à la Commission du droit international (CDI) par Sir Gerald Fitzmaurice, *Annuaire de la Commission de droit international*, 1956-II, p. 106.

² J. Paillusseau, *op.cit.*, p. 101.

³ A. Pellet, P. Daillier, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 644.

⁴ S. Doumbe-Bille, « A propos de la nature de l'OHADA », in S. Doumbe-Bille, H. Guerari et R. Kherad (dir.), *Droit, liberté, Paix et développement, Mélanges en l'honneur de Majid Benchikh*, Paris, Pedone, 2011, p. 436.

juridique le même intérêt que dans les organisations d'intégration économique. C'est vrai que certains de ces principes sont souvent rappelés par certaines de ces organisations, comme le principe de l'égalité souveraine des Etats¹, mais le constat global qui se dégage est que les traités des organisations d'intégration juridique consacrent moins d'importance à ces principes du droit international. C'est tout simplement parce que, la vie des Etats n'intéresse pas au premier chef le projet commun d'intégration juridique. Encore que, le fait pour les Etats membres de n'avoir pas expressément pris dans les traités l'engagement de respecter ces principes dans leurs relations n'entraîne pas leur remise en cause. Par exemple, ce n'est pas parce que les Etats membres de l'OHADA n'ont pas expressément mentionné dans le traité leur engagement à respecter les principes de souveraineté et d'indépendance dans la réalisation de leurs objectifs communs que ceux-ci ne le seront pas.

Ensuite, la vitalité de la coopération internationale et de la coordination dans la réalisation des politiques communautaires relevée dans les organisations d'intégration économique est remise en cause dans les organisations d'intégration juridique. Même si certaines de ces organisations font référence à la coopération, il est évident que celles-ci n'entendent pas entretenir cette coopération, mais plutôt la dépasser dans le cadre d'une véritable intégration juridique. Cet objectif d'intégration juridique ne peut réussir au moyen d'une simple technique de coopération internationale ou de coordination entre les Etats. C'est donc logiquement qu'il n'est pas observé ici une multiplication des domaines de coopération ou de coordination comme dans les organisations d'intégration économique.

Enfin, s'agissant de la structure institutionnelle, s'il est vrai que les organes politiques que sont la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement² et le Conseils des Ministres³ ont comme dans toutes les organisations une place essentielle dans les organisations d'intégration juridique, il y'a lieu de ne pas sous-estimer, comme dans les organisations d'intégration économique, l'importance des organes intégrés technico-administratifs⁴ ou juridictionnels⁵. La

¹ Article 22 de l'Accord révisé instituant l'OAPI.

² Article 27 du Traité révisé instituant l'OHADA.

³ Articles 27 à 30 du Traité révisé instituant l'OHADA, 6 à 15 du Traité instituant la CIMA, 4 à 13 du Traité instituant la CIPRES.

⁴ Articles 30 du Traité révisé instituant l'OHADA, 16 à 38 du Traité instituant la CIMA, 27 à 35 de l'Accord révisé instituant l'OAPI, 13 à 29 du Traité instituant la CIPRES.

⁵ Articles 30 à 39 du Traité révisé instituant l'OHADA.

contribution de ces dernières dans le processus d'intégration juridique est bien plus significative.

Toutes ces réalités justifient la force ou la vitalité de l'intégration juridique qui sera démontrée ci-dessous. Mais avant, il importe de s'appesantir sur la discrétion des bases du droit international dans le droit d'intégration juridique.

2. La discrétion des bases du droit international dans le droit de l'intégration juridique

A la densité des bases du droit international dans les traités des organisations d'intégration économique, il faut opposer la discrétion des bases du droit international dans les traités des organisations d'intégration juridique. En effet, les bases du droit international dans les traités des organisations d'intégration juridique ne sont pas aussi clairement identifiables que dans les organisations d'intégration économique. Ceci est vrai aussi bien en ce qui concerne la relation des Etats membres avec le droit international qu'en ce qui concerne la relation des organisations elles même avec ce droit international.

S'agissant de la relation des Etats membres avec le droit international, l'on a démontré que les traités des organisations d'intégration économique contenaient des dispositions relatives aux accords internationaux des Etats membres ainsi qu'à leur engagement à faire application de certains principes et conventions internationales. Tel n'est pas le cas des traités des organisations d'intégration juridique. Le Traité de l'OHADA, tout comme celui de la CIMA ou de la CIPRES ne contiennent aucune disposition en ce sens¹. Les engagements internationaux des Etats ne pourraient trouver leurs fondements que dans le droit national ou dans d'autres sources internationales. Toutefois, ces engagements internationaux des Etats doivent être compatibles avec les traités des organisations d'intégration juridique. En effet, l'obligation générale de fidélité, rappelée par les traités d'intégration juridique², oblige les Etats à ne pas dans leurs relations internationales compromettre la réalisation des objectifs communs qu'ils se sont fixés.

En ce qui concerne la relation entre les organisations elles-mêmes et le droit international, les traités des organisations d'intégration juridique ne l'ont pas

¹ L'Accord révisé instituant l'OAPI contient néanmoins dans son préambule un engagement des Etats à adhérer à diverses conventions internationales dans le domaine de la propriété intellectuelle.

² Articles 46 du Traité instituant la CIMA, 46 du Traité instituant la CIPRES.

ignoré, même s'ils ne sont pas autant expressifs que les traités des organisations d'intégration économique. Ils affirment la personnalité juridique¹ de ces organisations qui comprend une dimension interne et internationale. Le traité de l'OHADA précise clairement que cette organisation « *a la pleine personnalité juridique internationale* »². Ainsi, les organisations d'intégration juridique sont des sujets du droit international et soumis de ce fait à celui-ci, notamment dans le cadre de leurs relations internationales. Elles peuvent s'engager à faire application d'autres conventions internationales. Certes, certains traités, notamment ceux de l'OHADA, de la CIMA ou de la CIPRES, à la différence de celui de l'OAPI³, ne contiennent pas d'engagement de l'organisation de faire application d'une quelconque convention internationale, mais cette hypothèse reste possible et peut se réaliser dans les dispositions du droit dérivé. En outre, les organisations d'intégration juridique peuvent conclure des accords internationaux avec d'autres Etats ou d'autres organisations internationales⁴. Ces accords internationaux devraient logiquement être considérés comme s'intégrant dans les ordres juridiques de ces organisations au sein desquels, ils produiraient des effets de droit. On sera également confronté à la préoccupation, mise en exergue à propos des organisations d'intégration économique, relative à leur place dans lesdits ordres juridiques. En conséquence, resurgit, à ce niveau, la question de la conformité ou alors de la compatibilité de ces accords internationaux avec les traités des organisations d'intégration juridique. Comme cela est exigé des Etats membres, concernant leurs engagements internationaux, les organes de ces organisations doivent veiller à cette compatibilité pour ne pas remettre en cause les objectifs que les Etats leur ont assignés.

En ce sens, même si cela n'est pas expressément dit par les traités, les Etats et les organes des organisations d'intégration juridique peuvent, pour s'assurer de la compatibilité de leurs engagements internationaux, recourir aux instances compétentes pour connaître des questions relatives à l'interprétation ou à l'application du droit commun. C'est le cas de la Cour commune de justice et

¹ Articles 58 du Traité instituant la CIMA, 39 de l'Accord révisé instituant l'OAPI, 44 du Traité instituant la CIPRES.

² Article 46 du Traité modifié de l'OHADA.

³ L'accord révisé instituant l'OAPI contient, en effet, plusieurs dispositions dans lesquelles l'organisation s'engage à appliquer d'autres conventions internationales. Cf. notamment les articles 2 et 5.

⁴ Cf., articles 62 du Traité instituant la CIMA, 47 du Traité instituant la CIPRES.

d'arbitrage de l'OHADA (CCJA) qui « assure l'interprétation ou l'application communes du traité... », et qui peut à ce sujet être « consulté par tout Etat partie ou par le Conseil des ministres... »¹. Saisie dans ce cadre, la Cour devrait pouvoir se prononcer sur la compatibilité des engagements internationaux des Etats membres ou de l'organisation par rapport au Traité de l'OHADA. D'autres organisations (CIMA, CIPRES), ne disposant pas de juridiction commune ont prévu des mécanismes non juridictionnels² pouvant aboutir au même résultat.

Plus qu'une marginalisation, le droit des organisations d'intégration juridique va clairement au-delà du droit international public.

B. Le dépassement du droit international

En Afrique occidentale et centrale, il est à juste titre établi que l'échec des organisations économiques régionales tiendrait, entre autres, en ce que celles-ci sont plus des institutions de coopération que d'intégration économique et juridique³. Ce constat a pour conséquence une certaine assimilation du droit des organisations d'intégration économique au droit international public. Une telle assimilation n'est pas possible concernant le droit des organisations d'intégration juridique. Au regard de la finalité de ces organisations, la logique interétatique y est remise en cause (1) au profit de la vitalité de la logique supranationale (2).

1. La remise en cause de la logique interétatique

En droit international public, la logique interétatique met l'Etat au-devant de la scène, et fait de lui le principal sujet du droit. Il est, comme le relève le Professeur Kamto, « à la fois l'auteur et le destinataire de l'essentiel des règles de droit »⁴. Tel n'est pas le cas dans les organisations d'intégration juridique qui mettent sur pied des institutions propres, chargées d'édicter un droit commun visant les particuliers⁵. Nul ne saurait soutenir la saugrenue idée de l'effacement total de l'Etat, ceci pour au moins deux raisons. La première c'est que, en tant que membres de l'organisation, les Etats ont nécessairement des obligations qu'ils

¹ Article 14 du Traité révisé instituant l'OHADA.

² Articles 49 du Traité instituant la CIMA, 36 du Traité instituant la CIPRES.

³ J. Issa-Sayegh, « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc », *Penant* n°823, p. 5 et s. et n° 824, pp. 125 et s.

⁴ M. Kamto, *La volonté de l'Etat en droit international, op.cit.*, p. 57.

⁵ Voir notamment, P.-G. Pougoue, *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, 1998, 90 p. ; F. Anoukaha, « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, tome 6, 2002, n° spécial, pp. 7-21.

doivent accomplir pour accompagner l'œuvre commune. La violation de celles-ci peut faire naître entre eux des différends, susceptibles d'être réglés suivant les mécanismes prévus¹. La seconde, c'est que, en fonction de son activité, l'Etat peut se voir appliquer le droit commun des Etats qui est le droit privé et non le droit dérogatoire qui lui est habituellement appliqué².

Nonobstant cette réalité, l'Etat n'est plus le sujet majeur du droit comme en droit international. Le droit des organisations d'intégration juridique n'a pas vocation à régir les relations interétatiques, mais les activités des personnes privées, notamment des opérateurs économiques. Cela ne constitue pas une curiosité même si ce droit trouve son fondement dans un traité international conclu entre Etats. En effet, comme le relevait le Professeur Pellet, « *on distingue traditionnellement l'instrumentum, qui est le support formel du traité, du negotium qui en est la substance, l'objet même. Mais, alors que l'instrumentum fait l'objet de règles relativement précises – quoique souples – le negotium est presque entièrement laissé à la discrétion des parties. En d'autres termes, le traité est un moyen juridique à la disposition des Etats pour réaliser les objectifs qu'ils se fixent...* »³. Si le traité dans sa forme comme instrument relève du droit international public, dans son contenu négocié par les Etats, il peut régir les relations entre Etats ou les activités des particuliers. Il peut donc suivant la volonté des Etats être un traité à contenu de droit public ou de droit privé.

Justement, les traités des organisations d'intégration économique ont un contenu de droit privé. Ils visent les particuliers, non pas en leur qualité de sujet de droit international public, mais en tant qu'opérateurs privés, dont les activités nécessitent une certaine régulation au sein de l'Etat. Les particuliers ne sont donc pas visés au sens du droit international public, mais au sens du droit interne dans le cadre de leurs activités régies par le droit privé plutôt que par le droit public. L'on a pu conclure en ce sens, concernant l'OHADA que « *l'objet du traité en droit international public est la régulation des rapports entre sujets de droit international orientée vers l'application des normes de droit public. Or le traité OHADA a pour objet, l'harmonisation du droit des affaires, un droit d'obédience privé. (...) le traité OHADA s'assimile au traité de droit interne, parce que ses*

¹ Cf. article 56 du Traité de l'OHADA.

² Cf. M. Kamto, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », in, *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 88-100 ; A. Coffi Aquereburu, « L'Etat justiciable de droit commun dans le Traité de l'OHADA », *www.ohada.com, Ohadata D-13-54*, 6 p.

³ A. Pellet, *op. cit.*, p. 217.

sujets et son objet sont rattachables à la sphère interne de l'Etat membre de l'OHADA et non à sa sphère internationale (...) »¹.

En effet, le droit de l'OHADA trouve son fondement dans la volonté des Etats de mettre en place « *un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises* » ; un droit qui « *soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* »². La nature privée de ce droit ainsi annoncée, se confirme à travers les domaines du droit des affaires que cette organisation harmonise. Ce domaine est décliné par l'article 2 du Traité de l'OHADA d'après lequel, « *entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et à toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité...* ».

Cette nature privée du droit d'intégration juridique est également suffisamment expressive dans les traités des autres organisations au regard de leur domaine d'action : droits de la propriété intellectuelle avec l'OAPI, droit des assurances avec la CIMA, droit de la sécurité sociale avec la CIPRES. C'est, sans doute, ce qui justifie ici la vitalité de la logique supranationale.

2. La vitalité de la logique supranationale

En droit international, il est établi que les organisations internationales disposent d'un pouvoir d'édiction des actes dérivés ou unilatéraux qui s'imposent aux sujets de la société internationale notamment les Etats. Ceci n'est donc pas nouveau avec les organisations d'intégration. Ce qui est nouveau c'est l'intensité de ce pouvoir, la force de pénétration dans les ordres juridiques nationaux des actes

¹ H. M. Moneboulou Minkada, « L'OHADA, le système juridique et le système judiciaire », *Penant* n° 905, 2018, pp. 417 et s.

² Préambule du Traité de l'OHADA.

qui en découlent et les garanties de son effectivité. C'est autour de ces éléments que réside la vitalité de la supranationalité¹.

Les organisations d'intégration juridique entretiennent souvent un flou sur la technique d'intégration qu'elles choisissent². Elles évoquent tantôt l'harmonisation, tantôt l'uniformisation. Bien que les deux techniques ne soient pas incompatibles, il y'a lieu de relever qu'elles ne renvoient pas aux mêmes réalités. En effet, « *dans l'harmonisation, on cherche à coordonner des systèmes juridiques différents ou à respecter la sensibilité essentielle d'une législation donnée. Il s'agit de réduire les différences pour atteindre des objectifs communautaires. L'uniformisation ou l'unification est plus radicale. Elle aboutit, dans une matière juridique donnée, à une réglementation unique, identique en tout point pour les Etats concernés. Il n'ya pas de place, en principe, pour les différences* »³. C'est cette seconde voie qui est privilégiée par les organisations d'intégration juridique qui n'entendent pas, comme les organisations d'intégration économique, se limiter à des règlements cadres ou à des prescriptions minimales. Elles adoptent une législation uniforme applicable dans tous les Etats membres⁴. Il y'a donc un véritable transfert de pouvoir normatif des Etats membres au profit des organisations créées qui l'exercent et le protègent par le biais de leurs institutions⁵.

Au-delà de l'existence de ce pouvoir normatif, la supranationalité du droit des organisations d'intégration juridique, s'apprécie par son autorité notamment par rapport aux ordres juridiques nationaux. En ce sens, l'article 10 du Traité de l'OHADA affirme que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de*

¹ D. Abarchi, « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA) », *Revue internationale de droit africain, EDJA*, n° 44, janvier-février-mars 2000, p. 7 et s.

² Cf., J. Issa Sayegh, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999-1, p. 5.

³ P.-G. Pougoue, « OHADA et intégration économique », in *Dynamiques de développement, Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du XXIe siècle*, Mélanges Georges Ngango, Montchrestien, 2005, p. 583.

⁴ Articles 1 et 5 du Traité instituant l'OHADA, préambule, articles 2 et 30 du Traité instituant la CIPRES, préambule, articles 1 et 39 du Traité instituant la CIMA, article 1 de l'Accord instituant l'OAPI.

⁵ C. Sietchoua Djuitchoko, « Les sources du droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *Penant*, n° 843, avril-juin 2003, pp. 140-179.

droit interne, antérieure ou postérieure »¹. Des dispositions similaires se trouvent dans les traités d'autres organisations². Ainsi, le droit secrété est d'applicabilité immédiate, son insertion dans les ordres juridiques nationaux ne nécessitant pas de mesures nationales de réception. La ratification exigée pour les traités n'est pas une condition d'applicabilité du droit dérivé. Ensuite, ce droit a un effet direct. Il crée alors des droits et des obligations pour les particuliers. C'est vrai que ce principe n'est pas ignoré du droit international. Seulement, il a une intensité particulière dans le droit de l'intégration juridique. Il reste exceptionnel en droit international alors qu'il est la règle en droit de l'intégration³. Enfin, ce droit prime sur le droit national contraire qu'il soit antérieur ou postérieur. Le principe de primauté ainsi consacré n'est pas non plus inconnu du droit international. La différence avec le droit de l'intégration se situe simplement dans le fait qu'il est ici mieux garanti qu'en droit international⁴. Au-delà même de l'affirmation de cette primauté, il y'a dans les organisations d'intégration juridique une substitution du droit uniforme au droits nationaux⁵.

La garantie de l'effectivité du droit de l'intégration est assurée par les juridictions nationales⁶. Mais les juridictions nationales trouvant leur fondement dans les législations nationales qui les créent pourraient faire une application variable du droit uniforme. C'est pourquoi l'OHADA, à la différence des autres organisations d'intégration juridique, a fait de la CCJA, le gardien du droit uniforme. Elle assure l'interprétation et l'application commune de ce droit et connaît en cassation des recours contre les décisions rendues en appel ou en dernier ressort par les juridictions nationales dans les domaines du droit des affaires. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond⁷ et rend des décisions obligatoires et exécutoires⁸ dans les Etats. Elle se substitue ainsi aux juridictions nationales suprêmes dans les domaines du droit uniforme. Par la vitalité de cette supranationalité judiciaire, la CCJA se démarque des juridictions des

¹ Pour une analyse de cette disposition, lire P. Diedhiou, « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », *www.ohada.com, Ohada-D-08-05*, 20 p.

² Articles 31 du Traité instituant la CIPRES, 40 du Traité instituant la CIMA.

³ A. Pellet, *op.cit.*, p. 255.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cf., P. G. Pougoue, « OHADA et intégration économique », *op. cit.*, p. 584.

⁶ Articles 13 du Traité instituant l'OHADA, 35 du Traité instituant la CIPRES, 47 du Traité instituant la CIMA.

⁷ Article 14 du Traité instituant l'OHADA.

⁸ Article 20 du Traité instituant l'OHADA.

communautés économiques¹ et s'éloigne profondément des juridictions internationales classiques pour s'apparenter aux juridictions internes².

Conclusion

En définitive, l'influence du droit international public sur les processus d'intégration en Afrique occidentale et centrale est réelle. Elle est différemment vécue selon le type d'organisation. Elle est fortement marquée dans les organisations d'intégration économique, alors qu'elle l'est moins dans les organisations d'intégration juridique. On note alors une prégnance du droit international dans le premier cas, et une minoration de ce droit dans le second cas.

Les organisations d'intégration économique ont une origine internationale. Elles sont nées des traités internationaux conclus par les Etats membres, ont la nature d'organisations internationales, et par conséquent, sont des sujets du droit international. Aussi, elles font recours, de façon excessive, aux mécanismes ou techniques du droit international classique. On en déduit une hypertrophie des bases internationales du droit communautaire. Sous un tout autre angle, les organisations d'intégration économique contiennent, notamment, dans leurs traités une multitude de dispositions relatives au droit international. Celles-ci concernent les relations internationales, tantôt des Etats, tantôt des organisations elles-mêmes. Ceci traduit une certaine densité des bases communautaires du droit international.

La prégnance du droit international dans les organisations d'intégration économique ainsi établie conduit à les rapprocher des organisations de coopération, et à s'interroger sur la nature véritable de leur droit qui, pour une part importante, est plus un droit international que d'intégration. Tel n'est pas le cas des organisations d'intégration juridique qui ont une dimension moins politique. Leur finalité, essentiellement juridique, entraîne une marginalisation et surtout un dépassement du droit international. Bien évidemment, elles ont aussi une origine internationale, parce qu'elles sont, également, créées par des traités

¹ H. Tchantchou, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : Etude à la lumière du système des Communautés européennes*, L'Harmattan, 2009, 368 p.

² Cf., P.-G. Pougoue, « OHADA et intégration économique », *op. cit.*, p. 585-587.

internationaux et sont des organisations internationales. Mais, elles n'accordent pas la même importance que les organisations d'intégration économique au droit international. En outre, la logique interétatique ou de coopération y est inappropriée au regard de l'objectif d'uniformisation juridique. C'est pourquoi, la priorité est, ici, effectivement donnée à la logique intégrative et supranationale. D'où l'idée de la minoration du droit international.

La question des rapports entre le droit international et le droit de l'intégration a été suivie le choix opéré dans cette étude envisagée sous l'angle de l'influence du premier sur le second. L'analyse peut également être effectuée dans le sens inverse. En effet, en leur qualité de sujets du droit international, et par la place qu'elles confèrent à ce dernier dans leurs ordres juridiques, les organisations d'intégration participent incontestablement au rayonnement du droit international. Bien plus, comme le démontre l'expérience européenne, le droit de l'intégration peut, dans l'hypothèse d'interactions avec le droit international¹, constituer pour celui-ci, une source d'enrichissement ou d'inspiration². Le Professeur Pellet conclut alors, justement, que « *les interactions et les influences mutuelles entre ces différents ordres juridiques sont indiscutables. Que les modes de fonctionnement du droit communautaire doivent beaucoup (...) au droit international (...) n'empêche nullement qu'à son tour le droit des gens, encore si mal nommé, ait beaucoup à gagner à s'inspirer du droit communautaire (...)* »³.

¹ L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, *op.cit.*, 380 p.

² Y. Daudet, « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? », in *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, pp. 97-112.

³ A. Pellet, *op.cit.*, p. 269.

Le tandem domaine public et domanialité publique dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone¹

Luc Patrick BALLA MANGA² - Docteur/Ph. D en droit public à l'Université de Douala

¹ L'accent sera particulièrement mis dans cette étude sur le Cameroun, la Guinée, le Mali et le Sénégal.

² lucpatrickballa@gmail.com

Résumé

Il est de la nature de certaines choses de servir de fondement à d'autres. C'est ce que tend à consacrer les textes fonciers et domaniaux des anciens territoires d'Afrique situés sous le Sahara, lorsqu'ils posent que c'est l'utilité publique qui conditionne l'affectation du bien au domaine public et sa soumission à la domanialité publique ainsi que l'obligation pour l'administration de respecter cette mission fondamentale du bien en lui accordant une protection spécifique. Il est aussi remarquable qu'au sens des divers instruments juridiques en effet, tout bien meuble ou immeuble, naturel ou artificiel d'une personne publique, qui n'est pas destiné à l'usage du public ou du service public ne fait pas partie du domaine public, et en toute hypothèse, ne peut être soumis à la domanialité publique. Loin d'être aisée à définir, tant il est vrai qu'elle met en commun la propriété publique, et l'affectation à l'utilité publique, la notion de domaine public serait partiellement définie si elle n'intégrait pas l'application des règles spéciales de droit public. La recherche pose le problème de la nature des rapports entre le domaine public et la domanialité publique dans les anciennes possessions françaises d'Afrique situées sous le Sahara. Etant donné que la domanialité publique est inhérente au domaine public, il est possible de se rendre compte que le dernier est le fondement de la première, tout comme la finalité de la première est de promouvoir et protéger le dernier.

Le doyen Maurice HAURIOU, faisait pertinemment remarquer que « *toute la domanialité publique repose sur l'idée de l'affectation administrative des choses à l'utilité publique* »¹. Si ce raisonnement vaut pour HAURIOU et son époque, il peut avoir gardé toute son actualité pour nous aujourd'hui. Cette conception de la domanialité publique est largement partagée par le professeur Manuel GROS. Ainsi et pour reprendre l'éminent auteur : l'affectation des biens à l'utilité publique est la raison d'être, mieux la condition d'existence de la domanialité publique. Il le dit en de termes forts édifiants qu'il faut nécessairement mettre en lumière : « *L'affectation, critère central de la domanialité publique* »². Par cette affirmation péremptoire, l'auteur laissait clairement entendre que la notion de domaine public et par voie de conséquence sa protection, c'est-à-dire la domanialité publique sont dues à l'affectation des biens à l'utilité publique ; excluant ainsi parfois le critère de la propriété publique ou à tout le moins le reléguant au second rang, parce qu'ignoré ou du reste minoré. Pour prolonger l'analyse d'HAURIOU, il s'agit de dire qu'il existe dans les espaces en étude un lien étroit entre le domaine public et la domanialité publique.

Si l'on conçoit qu'il est de la nature de certaines choses de servir de fondement à d'autres, il sied alors de relever qu'il faut nécessairement l'existence d'un domaine public pour l'application de la domanialité publique, tant il est vrai que la présence de la dernière dépend de l'existence du premier. Il va sans dire qu'il y a une sorte de lien ontologique entre le domaine public et la domanialité publique.

Par conséquent, l'obligation est faite à l'administration de respecter la mission fondamentale des biens du domaine public en leur accordant une protection spécifique dérogeant à la protection de droit commun tirée du Code

¹ HAURIOU (M.), *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 9^{ème} édition, Paris, Sirey, 1919, pp. 716-740. Toujours et dans le même sens : CHAPUS (R.), *Droit administratif*, t. 2, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 374 ; MORAND-DEVILLIER (J.), *Cours de droit administratif des biens*, *op.cit.*, pp. 26 et s ; BETI ETOA (C.), « Les fondements idéologiques du droit de la domanialité publique au Cameroun » in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (Sous la direction de), *Les fondements du droit administratif camerounais*. Actes du colloque, université de Yaoundé II, 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 194 ; OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, EDICEF, Série manuels et travaux de l'Université de Yaoundé, 1985, p. 117.

² GROS (M.), « L'affectation, critère central de la domanialité publique », *R.D.P.*, 1992, pp. 749 et s.

civil. Il est aussi remarquable qu'au sens des divers instruments juridiques en effet, tout bien meuble ou immeuble, naturel ou artificiel d'une personne publique, qui n'est pas destiné à l'usage du public ou du service public ne fait pas partie du domaine public, et en toute hypothèse, ne peut être soumis à la domanialité publique.

Dans un contexte où le domaine public ne peut plus être exclusivement considéré comme un objet de la police administrative (générale et spéciale), mais également, comme « *un bien dont l'Administration doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation* »¹, cette étude remet au goût du jour les rapports entre le domaine public et la domanialité publique. En effet, il est dorénavant admis et de manière majoritaire, que le domaine public fait aussi, de plus en plus, l'objet d'une exploitation économique, ce qui assouplit les règles contraignantes de la domanialité publique et emporte la privatisation de l'intérêt général.

En tant que notion clé du droit public, le domaine public trouve sa raison d'être dans l'intérêt général². Il peut être aussi bien international³ que national. Bien que le problème soit réglé en théorie, il faut reconnaître qu'il continue de se poser en pratique à propos de la distinction entre le plateau continental et la zone internationale des fonds marins, qui du reste, constituent deux espaces maritimes relevant de la souveraineté des États côtiers d'une part, et de l'ensemble de la communauté internationale, d'autre part. Retenant exclusivement le domaine public interne, il est constitué par l'ensemble des biens publics, qui sont affectés soit à l'usage de tous soit à un service public et soumis en tant que tels à un régime juridique particulier⁴. Ainsi défini, le domaine public comporte des biens meubles et immeubles, qui selon le cas sont naturels ou artificiels.

¹ CHENOT, concl. Sur C.E., 5 mai 1944, « Cie maritime de l'Afrique orientale », D.1944, III, p.15.

² En ce sens lire BIAKAN (J.), « Le critère du service public en droit administratif camerounais », in ONDOA (Magloire) et ABANE ENGOLO (Patrick Edgard) (Sous la direction de), *Les fondements du droit administratif camerounais*. Actes du colloque, université de Yaoundé II, 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 157.

³ Pour une présentation exhaustive du domaine public international, confère RUZIE (D.), *Mémento de Droit international public*, 15^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2000, pp. 128 et s. L'auteur le définit comme : « *un ensemble d'espaces dont l'utilisation intéresse la communauté internationale, dans son entier, ou du moins la population de plusieurs Etats* ».

⁴ CORNU (G.), in Association CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris, PUF, août, 2011, p. 362.

S'attardant sur le premier point, disons que le domaine public naturel est constitué de biens donc le classement au domaine public et la soumission à la domanialité publique résulte d'un fait entraînant à la fois acquisition et incorporation, et dont la consistance est déterminée par simple délimitation opérée par l'autorité administrative. Ainsi en est-il en particulier des rivages de la mer, des cours d'eau flottables, non navigables et navigables, etc.

Le domaine public artificiel quant à lui, est composé des biens ayant subi un aménagement humain et dont l'acquisition est accompagnée d'un acte exprès d'affectation de l'autorité administrative dénommé classement. Il en va notamment ainsi des voies publiques, des édifices publics abritant les divers services publics.

Le domaine public concerne à la fois tous les biens meubles et immeubles que la loi ou la jurisprudence et l'autorité administrative y ont formellement incorporés et dont l'intervention humaine est requise ou non, en vue de satisfaire des besoins collectifs directs ou indirects via le service public. Cette démarche a été retenue par la quasi-totalité des droits nationaux de l'Afrique noire d'expression française.

Pour déterminer l'appartenance d'un bien au domaine public dans les droits positifs en étude, il faut se référer donc à la reconnaissance d'un droit de propriété au profit de la personne publique sur les biens immobilier et mobilier qui tirent leur existence de simples phénomènes physiques ou de l'intervention humaine et destinés à l'usage du service public ou du public. Pour le dire autrement, aucun bien public d'une part, n'intègre le domaine public, et d'autre part, n'est susceptible d'être régi par le régime spécifique de droit public, s'il n'est affecté à l'utilité publique. En clair, si l'application de la domanialité publique suppose l'existence d'une chose publique destinée au public (de manière directe ou non), en revanche, toute chose publique n'est pas toujours soumise aux règles exorbitantes de droit commun. Il en va particulièrement ainsi dans ce dernier cas de figure, des biens des personnes publiques relevant de leur domaine privé.

La domanialité publique paraît donc consister en une garantie de la destination légale ou jurisprudentielle des biens, dont le point de départ est l'affectation à l'utilité publique, qui détermine et délimite les domaines matériels respectifs de l'Administration et des administrés, c'est-à-dire la détention des prérogatives de puissance publique pour la première et l'exercice des libertés publiques par les derniers.

Il se dégage de ce qui précède qu'envisager l'étude du domaine public et de la domanialité publique en l'état actuel des choses dans les Etats d'Afrique noire d'expression française revient à déterminer la nature de leur rapport. On peut dès lors se demander : Quel est le rapport entre le domaine public et la domanialité publique dans les Etats d'Afrique situé sous le Sahara ?

L'objectif est ainsi de définir dans le présent travail de la manière la plus claire possible, les contours des notions de domaine public et de domanialité publique dans les espaces en étude et de renseigner sur le régime juridique domanial des anciennes possessions d'Afrique noire de tradition française. Il sera par ailleurs question par la même occasion, de donner la possibilité aux usagers des biens du domaine public dans ces États, de contester par devant le juge administratif un acte de l'autorité administrative, qui affecte un droit que la législation domaniale et ses textes subséquents confèrent d'une part, et de l'autre, une obligation imposée par l'Administration et qui du reste n'est pas prévue par le droit positif domanial.

L'analyse des lois et règlements dans les espaces en étude faite en rapport avec la domanialité publique et le domaine public autorise à affirmer que la nature des rapports est ambivalente. D'une part, le domaine public constitue le fondement de la domanialité publique (I), et de l'autre, la domanialité publique protège essentiellement le domaine public (II).

I- L'ESSENCE DE LA DOMANIALITE PUBLIQUE : LE DOMAINE PUBLIC

Que ce soit au Cameroun¹, en Guinée², tout comme au Mali³ et au Sénégal⁴, il se dégage le même constat : le domaine public se trouve être au fondement de

¹ Article 2 de l'ordonnance n° 74/2 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial : « *Font partie du domaine public, tous les biens meubles et immeubles qui, par nature ou par destination, sont affectés soit à l'usage direct du public, soit aux services publics. Les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. Sous réserve des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 5 ci-dessous, ils sont insusceptibles d'appropriation privée* ».

² Article 96 du Code domanial et foncier guinéen : « *Le domaine public des personnes publiques est constitué par l'ensemble des biens de toute nature, immobiliers et mobiliers, classés ou délimités dans le domaine public, affectés à l'usage du public ou à un service public* ».

³ Article 5 du Code foncier et domanial malien (ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000) : « *Le domaine public immobilier est constitué de l'ensemble des biens immobiliers classés ou délimités affectés ou non à l'usage du public* »

⁴ Article 2 alinéa 2 du Code domanial sénégalais (Loi n° 76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'Etat) : « *Ceux de ces biens qui, en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, constituent le domaine public* ».

la domanialité publique. En droit français, le domaine public est appréhendé comme la propriété des personnes publiques dont les biens sont destinés à l'usage du public ou du service public (pourvu dans ce dernier cas que le bien soit l'objet d'un aménagement indispensable)¹. Ainsi, deux conditions préalables doivent être conjointement réalisées pour identifier le domaine public en France. La première est organique en ce sens qu'elle rattache le bien d'une dépendance publique à la personne publique dont il est la propriété. En dernier lieu, le critère alternatif de la destination suppose que le bien est affecté soit à l'usage direct du public, soit à l'exécution d'une mission de service public (pourvu qu'en ce cas, il fasse l'objet d'un aménagement indispensable). Cette définition législative est analogue à celle que l'on retrouve dans les législations des anciennes possessions françaises d'Afrique noire.

De ce qui précède, la définition du domaine public comme fondement de la domanialité publique dans les Etats d'Afrique noire de tradition française doit être recherchée au double plan formel et matériel, dans la mesure où, la destination des biens (A) est indispensable pour l'application de la domanialité publique et leur propriété publique nécessaire pour leur incorporation au domaine public (B).

A- L'exigence d'une affectation à l'utilité publique du bien

La nécessité de l'affectation formelle à l'utilité publique comme condition préalable de l'existence d'un domaine public et de l'application de la domanialité publique ressort de la définition même de la notion de domaine public, telle qu'elle est présentement donnée par les législations sous examen. Si l'on se rapporte par exemple à l'ordonnance domaniale camerounaise du 06 juillet 1974 en son article 2, on verra que : « *Font partie du domaine public, tous les biens meubles et immeubles qui, par nature ou par destination, sont affectés soit à*

¹ Article L. 2111- 1 du CGPPP. Toutefois, le critère modérateur de la domanialité publique, pour rendre totalement compte de la réalité, devrait s'appliquer, aussi bien aux choses affectées à l'usage du public, qu'à celles destinées à l'usage des services publics. L'explication généralement donnée ici est que certains biens ayant pourtant fait l'objet d'aménagement indispensable ou irremplaçable, sont mis à la disposition du public pour usage direct, sans autorisation, ni prestation. A cet égard, certains ouvrages publics notamment, les ponts et la voie publique, en sont des illustrations. En dernière analyse, le critère réducteur ou modérateur de la domanialité publique devrait pour garder toute sa pertinence, s'appliquer à toutes les dépendances du domaine public artificiel affectées à l'usage du public ou du service public, pour ainsi réduire ou éradiquer la domanialité publique virtuelle ou par anticipation.

l'usage direct du public, soit aux services publics. Les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. Sous réserve des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 5 ci-dessous, ils sont insusceptibles d'appropriation privée ».

Selon les législations en étude, deux sortes de destination sont susceptibles d'incorporer un bien au domaine public, et par suite, le soumettre au régime juridique spécial de la domanialité publique et en dernière analyse, établir la compétence du juge administratif. C'est donc à souligner la destination à l'usage direct du public (1) et la destination à l'usage du service public (2) qu'il faut se consacrer à présent.

1- La destination des biens à l'usage direct du public

« Apparue la première, elle n'a été réellement consacrée par la jurisprudence qu'en 1935, à propos d'un cimetière »¹. Ainsi, l'affectation à l'usage direct du public se présente comme la condition première d'incorporation d'un bien meuble ou immeuble, naturel ou artificiel dans le domaine public et par voie de conséquence d'application de la domanialité publique². Dès lors, « l'affectation qui réalise l'incorporation au domaine public a pour objet d'attribuer les utilités de la chose non pas à l'un des services de l'Administration mais à tous les administrés, du moins à certaines catégories d'administrés »³. Cette destination à un usage déterminé, notamment l'usage du public, constitue donc une limitation de l'utilisation privative, une interdiction de l'appropriation privative des dépendances du domaine public, mais davantage une autorisation de l'utilisation collective. Cela semble également se vérifier dans l'ensemble des législations africaines d'expression française.

Si dans la plupart de ces Etats, le législateur semble insister sur le caractère direct de l'usage du bien affecté au public, c'est bien parce qu' : *« elles sont utilisées pour elles-mêmes et non parce qu'elles constitueraient le support d'un service public recherché »⁴ « Ce qui n'est pas autre chose d'ailleurs que l'opposition classique de la propriété privée et de la propriété administrative et*

¹ MORAND-DEVILLIER (J.), *Cours de droit administratif des biens*, op. cit., p. 31.

² Article 2 de l'ordonnance n° 74/2 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier et domanial : *« Font partie du domaine public, tous les biens meubles et immeubles qui, par nature ou par destination, sont affectés soit à l'usage direct du public, (...) ».*

³ SIORAT (L.), « La notion d'affectation en matière domaniale », *R.D.P.*, T. LXXIV. N° 5, 1958, p. 886.

⁴ OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p.45.

ce qui ne veut pas dire nécessairement, quant à l'utilisation des biens du domaine public, que tous peuvent s'en servir mais seulement qu'ils servent à tous »¹.

L'usage direct du public n'est soumis à aucune autorisation du moment où il ne compromet pas la mission assignée au bien. La raison semble-t-il réside dans le fait que certains biens du domaine public (biens du domaine public naturel) résultent nécessairement de la survenance de certains phénomènes naturels et partant, entraîne l'incorporation automatique au domaine public. Mais aussi, une fois ces biens incorporés au domaine public, ils font l'objet d'affectation à l'usage du public. L'on conçoit mal que les biens dont l'Administration a bénéficié gratuitement viennent à être payés par les usagers après l'obtention d'un titre ; alors même que ces acquisitions visent la satisfaction de l'intérêt général.

A noter que d'un point de vue historique², le critère du domaine public fondé sur l'usage direct du public a eu pour effet tout au moins d'étendre, sinon d'hypertrophier le domaine public. Pour les tenants de cette doctrine, pour qu'un bien mobilier ou immobilier fasse partie du domaine public, il doit être une propriété publique insusceptible de faire l'objet d'une appropriation privée et par suite, affecté à l'usage direct du public. Or, le critère de l'affectation à l'usage direct du public doit, pour garder un intérêt certain, limiter le nombre de dépendance mis à la disposition du public.

Cette définition du domaine public se révélera parfois étriquée, et refusera la qualité de domaine public à certaines choses pour lesquelles les règles exorbitantes de droit commun pourraient être utiles. Ainsi que l'atteste l'exemple suivant : les lignes de chemin de fer appartiennent sans conteste au domaine public et sont insusceptibles d'appropriation privée, sans être pour autant affectés à l'usage direct du public. Il en va identiquement des forteresses militaires, des objets d'art, etc. De plus, tous les biens meubles ou immeubles appartenant à la personne publique et insusceptible d'appropriation privée ne sont pas toujours directement utilisés par le public, même s'ils font partie du domaine public et que la domanialité publique trouve à s'appliquer. On peut

¹ SIORAT (L.), « La notion d'affectation en matière domaniale », *op. cit.*, pp. 886- 887.

² Selon qu'on envisage la question de la domanialité publique dans un sens restreint ou large, la réponse variera en fonction des périodes et des espaces géographiques. Sur l'historique du critère de la domanialité publique, lire notamment MELLERAY (F.), « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique. Remarques sur la modernisation annoncée de la notion de domaine public », *AJDA*, 8 mars 2004, pp. 490- 495.

également souligner le fait qu'en raison de la théorie de l'accessoire, certains biens (les panneaux et feux de signalisation, les murs de soutènement des voies publiques, les bancs publics, kiosques à journaux, etc.) n'ayant pourtant pas reçu une affectation formelle à l'usage direct se trouvent néanmoins incorporés dans le domaine public et assujettis aux règles de la domanialité publique.

En outre, l'usage direct peut bien être collectif ou privatif¹. Il en va ainsi par exemple, des halles, ou des marchés, qui comportent des emplacements réservés aux commerçants. Ainsi, s'il se trouve que l'autorité administrative affectataire ou propriétaire de la dépendance du domaine public est compétente pour délivrer les permis de stationnement, permission de voirie dans le cadre de l'usage privatif ; en revanche, elle ne peut autoriser la circulation piétonne ou des automobilistes sur la voirie urbaine. Elle ne peut non plus autoriser les baignades sur les rivages de la mer ou les promenades publiques. Contrairement et comparativement à l'usage privatif où, elle a la possibilité de procéder à des interdictions ou restrictions, dans le cas de l'usage collectif, une fois la dépendance affectée par le juge ou la loi, elle doit rendre l'usage du moins possible, sinon le faciliter, de manière à permettre au bien de répondre toujours à sa destination d'origine.

Néanmoins, si l'autorité administrative ne peut autoriser l'usage commun du domaine public, elle peut l'interdire ou la canaliser dans l'intérêt général. Il est à cet égard, sans conteste admis que la chaussée est affectée exclusivement à la circulation automobile, et le trottoir, à la circulation piétonne. La réciproque est en principe proscrite, sauf cas de force majeure. C'est dire que l'Administration reste et demeure le maître du domaine public en raison de l'intérêt général qu'elle poursuit sans merci.

Il n'est pas vain de remarquer que : « *dès lors que les particuliers utilisent le domaine public non pas directement, mais par l'intermédiaire du service public affectataire du domaine, le critère de l'affectation à l'usage du public n'est plus applicable* ».²

¹ Qu'il soit privatif ou collectif, l'usage direct du public doit toujours être conforme à l'affectation de la dépendance concernée. V. également dans ce sens, OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p. 47.

² BETI ETOA (C.), *Droit de l'urbanisme et droit du domaine public. Rencontre de deux ensembles normatifs distincts*, Thèse de doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, pp.19-20. Voir également OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p. 46.

2- La destination des biens à l'usage du service public

Les législateurs des Etats d'Afrique noire d'expression française, manifestèrent une profonde méfiance à l'égard de l'Administration, en incorporant au domaine public les biens du service public et en les protégeant contre toute appropriation. A ceci deux explications :

-La première consiste à utiliser les biens du domaine public affectés au service public exclusivement pour la satisfaction de l'intérêt public.

-La seconde tient à ce que les biens du service public ne doivent pas faire l'objet d'un droit de propriété privée au profit des personnes publiques comme ceux du domaine privé, mais bien évidemment l'objet d'un droit de propriété administrative du fait de l'affectation particulière desdits biens.

Deuxième condition nécessaire et suffisante d'intégration d'un bien au domaine public et par conséquent d'application du régime de droit public, l'affectation des biens meubles et immeubles, naturels ou artificiels à l'usage du service public est parallèle au critère de l'usage direct et a été consacré par la jurisprudence *LE BETON* en 1956. Elle signifie alors la possibilité offerte aux usagers de se servir de tels biens par le truchement des gestionnaires du service public. En clair, que les biens soient utilisés directement par l'Administration ou pour son compte (c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne privée morale ou physique), cet usage doit toujours être conforme à la destination des biens, ou du reste ne pas en constituer une entrave.

Ajoutons que le critère de l'affectation à l'usage des services publics est intervenu en réaction contre le critère de la destination à l'usage direct du public, qui ne satisfaisait plus aux exigences de la domanialité publique du moment, car trop extensif. Il a fallu en effet, rechercher au sein de la doctrine, un critère de la domanialité publique pouvant s'étendre à l'ensemble des biens meubles et immeubles affectés au service public, mais ayant subi un aménagement spécial ou indispensable. Seulement, cette conception du domaine public se révélera elle aussi, « *trop large et inopportune* »¹. Si bien que dans les Etats d'Afrique noire

¹ MELLERAY (F.), « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique. Remarques sur la modernisation annoncée de la notion de domaine public », *op. cit.*, p. 492. V. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. de), *Mémento de Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 59. Il convient de remarquer que les critères d'affectation à l'usage du public et à l'usage du service public pris isolément avaient pour effet d'étendre la domanialité publique pour le premier, et de restreindre la domanialité publique pour le second. Au second critère allait particulièrement

d'inspiration française, l'incorporation d'un bien au domaine public et le régime exorbitant de la domanialité publique ne trouve matière à application qu'en référence à l'utilité publique. Encore que dans notre pratique juridique, la particularité s'agissant des biens affectés au service public réside dans le fait qu'ils appartiennent tout à la fois au domaine public et au domaine privé, selon qu'ils sont hors du commerce juridique d'un côté, ou alors susceptibles de commerce juridique, de l'autre.

Le doyen Léon DUGUIT dans son souci de forger une définition du droit administratif à partir de la notion dogmatique de service public, proposera également comme critère de la domanialité publique, l'affectation des biens à un service public tout en distinguant la chose tantôt comme objet, tantôt comme moyen pour le service public¹. Pour lui en effet, il ne peut y avoir de dépendance du domaine public et par voie de conséquence application de la domanialité publique que si la chose est affectée au service public, étant précisé qu'elle constitue un objet ou un moyen pour ledit service. En 1935, le commissaire du gouvernement LATOURNERIE dans ses conclusions sur l'arrêt *Marécar* reprendra pour son compte les idées de l'école du service public et de son maître, en rangeant au nombre des biens du domaine public, les propriétés domaniales, qui affectées au service public sont telles que leur emploi, leur mise en œuvre constituent l'objet même du service, à l'exclusion de celles qui sont seulement l'un des moyens par lesquels le service accomplit sa mission d'intérêt général².

Si tous les biens affectés à un service public font partie du domaine public et la domanialité publique trouve à s'appliquer comme pourraient le laisser penser

s'ajouter un flou total, avec le développement par la jurisprudence de la théorie de la domanialité publique globale, de la domanialité publique virtuelle et de la théorie de l'accessoire. Si bien que le critère satisfaisant doit être recherché dans l'utilité publique, c'est-à-dire ou bien l'affectation à l'usage direct du public, ou bien l'affectation aux services publics moyennant l'aménagement indispensable. *In fine*, la solution pour un critère réducteur de la domanialité publique réside dans les propos savants du professeur MELLERAY, selon lesquels : « *plutôt que de rechercher un critère général, mieux vaut raisonner sur la base d'adaptations législatives ponctuelles, suivant les besoins du moment* ». Ce n'est qu'ainsi que le domaine public ne sera ni atrophié, ni hypertrophié, mais plutôt propre à satisfaire l'intérêt public directement ou indirectement.

¹ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t.3, 3^{ème} éd., Paris, Editions de Boccard, 1930, p. 348.

² Dans ce sens, consulter avec intérêt DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. de), *Mémento de Droit administratif des biens*, 6^{ème} éd., Paris, Gualino, 2010, p. 52.

les législations en étude, il faut convenir avec Gaston JEZE¹ que seul le caractère indispensable, voire difficilement remplaçable semble incorporer un bien public affecté au service public dans la catégorie dite du domaine public. Si ce raisonnement vaut pour JEZE et son époque, il semble finalement n'avoir rien perdu de sa pertinence à l'échelle contemporaine. Ainsi, et plus près de nous toujours, la lecture croisée des articles 2 et 12 de l'ordonnance domaniale de 1974, autorise à aboutir à la conclusion selon laquelle ce qui intègre le bien meuble ou immeuble, naturel ou artificiel affecté au service dans le domaine public, c'est son indispensabilité pour le service public en tant qu'il constitue l'objet même de ce dernier et non pas simplement un moyen par lequel les prestations sont fournies ou réalisées.

A rebours de l'usage direct du public, les usagers du service public ne peuvent utiliser ces biens que par le truchement des gestionnaires du service public. Quand le bien est affecté au service public, il revient normalement et naturellement au bénéficiaire de l'utiliser dans l'intérêt général², car l'affectation limite l'utilisation privative par ses implications. Dès lors, en l'absence d'un critère réducteur de la domanialité publique, la destination d'un bien meuble ou immeuble à l'usage du service public, suffit à lui appliquer le régime juridique de faveur, nonobstant l'inexistence de l'aménagement indispensable³.

C'est en référence à l'affectation des biens aux services publics que l'ordonnance domaniale de 1974 énonce que : « *Les dépendances du domaine public naturel ou artificiel sont gérées par l'Etat.*

Toutefois en raison de leur utilisation, cette gestion peut être assurée sous le contrôle de l'Etat, par d'autres personnes morales de droit public ou par des concessionnaires de service public »⁴. Deux situations doivent être envisagées dans cette disposition. En principe, les dépendances du domaine public sont

¹ JEZE (G.), « Note sur C.E., 21 mars 1930, Société agricole et industrielle du sud algérien », *op. cit.*, p. 766.

² Ordonnance de référé n° 14/ORSE/CS/PCA/85-86, Nouvelles Brasseries Africaines (NOBRA) c/ Ministère de l'urbanisme et communauté urbaine de Douala. En ce sens lire EBANG MVE (U. N.), « Les conditions de l'occupation privative du domaine public en droit camerounais », *R.A.D.S.P., EDLK*, janvier-juin 2013, vol 1, p. 146.

³ BALLA MANGA (L.P.), *La protection du domaine public au Cameroun*, Thèse de doctorat/Ph.D en Droit Public, Université de Douala, Juin 2020, p. 512.

⁴ Article 8 de l'ordonnance n° 74/2 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial.

gérées par l'Etat et exceptionnellement par les autres personnes morales de droit public ou les concessionnaires, sous son contrôle notamment.

Au total, la gestion du service public peut être faite par les organismes publics, à partir des modalités classiques de la régie et de l'établissement public¹. Elle peut aussi être faite par des organismes privés, créés de toute pièce par la loi sans qualification juridique précise, mais auxquels, le juge tout en constatant qu'ils assurent l'exécution d'un service public, reconnaît la nature d'établissement privé, en appliquant les critères de distinction des établissements publics et des organismes privés.

En tout état de cause, il importe de relever en droit positif national et même dans celui de la plupart des pays d'expression francophone d'Afrique noire, que si chacun des critères de définition de l'utilité publique et incidemment de l'application du régime exorbitant de droit commun de la propriété est intéressant, aucun d'eux n'a de valeur absolue et de portée définitive. C'est dire au surplus que les deux opinions rivales sont vraies, mais chacune dans un sens relatif, de même que, pris absolument, elles sont fausses l'une et l'autre, en tant qu'elles présupposent un concept de droit dont il faut impérativement dresser les critères.

Dans les espaces en examen, si des deux critères du domaine public, celui de l'affectation des biens à l'utilité publique est essentiel, puisqu'il suffit à incorporer un bien dans cette catégorie domaniale et par suite lui imprime le régime de la domanialité publique, la propriété publique du bien ne semble devoir souffrir quasiment de rien, compte tenu de l'interdiction de son appropriation privée.

B- La nécessité de la propriété publique du bien

Au Cameroun, au Mali, en Guinée et au Sénégal, on doit pouvoir relever que la destination seule du bien au public ou au service public, même si elle demeure le critère finaliste et indispensable de l'incorporation au domaine public,

¹ Les critères de rattachement et de spécialité de l'établissement public, étant précisé qu'il est une personne morale de droit public, ont fait dire à un auteur qu'il est « *un procédé de gestion des services publics particulièrement adapté à la protection de l'activité exercée ainsi qu'à la préservation des deniers publics* ». V. GABAYET (N.), « L'établissement public, procédé à reconsidérer. L'instrument d'une gestion efficace des services publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 14, 11 Avril 2016, 2099, pp. 1-12.

ne saurait satisfaire si le bien n'intègre pas le patrimoine public¹. Lorsque la personne publique entretient les biens du domaine public et assure la responsabilité des dommages survenus à l'occasion de leur usage, exerce-t-il un droit reconnu au propriétaire sur ses choses ? C'est la question, longtemps controversée, de la reconnaissance d'un droit de propriété au profit de la personne publique sur son domaine public.

En dehors de la Guinée² qui consacre explicitement et formellement la propriété publique des biens du domaine public, les autres Etats d'Afrique noire de culture francophone n'ont pas cru bon d'en faire une mention formelle. Sans autre forme de précision aucune, les législateurs domaniaux camerounais et sénégalais se bornent exclusivement à proscrire un droit de propriété sur les biens du domaine public. Bien que le principe de l'intangibilité du domaine public soit une donnée constante dans les Etats d'Afrique noire francophone, sa gestion est partagée entre l'Etat et ses démembrements. On retrouve d'une part le domaine public de l'Etat (1) et celui des autres personnes morales de droit public (2).

1- La propriété étatique

L'on sait en effet que jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'idée qui a prévalu était l'exclusion du droit de propriété publique singulièrement et de tout droit propriété de façon générale sur les dépendances du domaine public. Au-delà des controverses qui ont émaillé la propriété publique des biens du domaine public, il faut reconnaître toutefois, que depuis le début du XXe siècle, avec notamment la contribution du maître de Toulouse, la propriété publique du domaine public est aujourd'hui totalement admise. Si bien que dans la plupart des Etats modernes, elle constitue l'un des critères d'appartenance d'un bien meuble ou immeuble, naturel ou artificiel au domaine public, et justifie par le même coup, sa soumission à la domanialité publique.

Il importe en outre, de remarquer que la personne publique exerce un droit de propriété atypique sur son domaine public, distinct d'une part, de celui qu'elle

¹ Article 96 du Code domanial et foncier guinéen : « *Les biens de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics, appelés biens domaniaux, appartiennent soit au domaine public soit au domaine privé* ».

² Article 96 du Code domanial et foncier guinéen : « *Le domaine public des personnes publiques est constitué par l'ensemble des biens de toute nature, immobiliers et mobiliers, classés ou délimités dans le domaine public, affectés à l'usage du public ou à un service public* ».

exerce à l'égard de son domaine privé, et d'autre part, de celui qu'un particulier exerce sur son bien.

Au Cameroun comme au Sénégal, le droit positif semble admettre que les biens du domaine public dans leur principe continuent à appartenir à tous globalement et à personne singulièrement, même si la personne publique demeure le garant de cet intérêt commun. M. Jean-Marie NYAMA fait justement remarquer à ce propos que « *les biens du domaine public sont gérés et laissés sous la garde et la surveillance de l'Etat, bien qu'il n'en soit pas propriétaire* »¹. Pour ce qui est particulièrement du Cameroun, faut-il le préciser, le législateur de 1974, à la suite de son devancier de 1963 a voulu faire d'une pierre, deux coups. Il ne pouvait en être autrement, si l'on veut bien se souvenir que la conception qui a présidé à l'adoption de ce texte est la communautarisation des biens. Cela peut s'expliquer au moyen de deux idées forces. Premièrement, le codificateur, en martelant la domanialité publique sur les biens du domaine public, a cru pouvoir protéger ces biens de toute appropriation privée et par suite, affirmer la propriété implicite de la puissance publique, ou du reste, lui assigner cette mission fondamentale de protection. Deuxièmement, le codificateur de 1974 semble retenir l'idée qui a eu cours en France, jusqu'au début du siècle dernier, et selon laquelle : la personne publique n'est que « *le gardien* »² ou « *le surintendant* »³ du domaine public⁴, lequel appartiendrait à la nation toute entière.

A l'évidence, il faut admettre que la grande réforme domaniale de 1974 entendait, ainsi que l'a relevé à juste raison le doyen KAMTO, donner aux dépendances du domaine public au même titre que celles du domaine national, « *un maître, propriétaire légal : la Nation ; et un administrateur investi de la*

¹ NYAMA (J.- M.), *Régime foncier et domanialité publique au Cameroun*, op. cit., p. 66.

² BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire du droit administratif*, 13^{ème} édition, 1933, pp. 477 et s.

³ DUCROCQ (Th.), *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, t.4, 7^{ème} édition, Paris, *Toutemoing*, 1900, pp. 85 et s.

⁴ La précision s'impose sans conteste en rapport avec les travaux du doyen de la faculté de droit de Dijon. Le doyen Jean Baptiste Victor PROUDHON s'est fait le fervent défenseur de la thèse déniait l'appropriation par la personne publique du domaine public. Pour lui, souligne BETI ETOA, « *le domaine public n'est pour personne, ni même pour l'Etat, un domaine de propriété, puisque nul n'en est exclu... Le domaine public diffère essentiellement aussi du domaine de propriété, puisqu'il ne s'applique qu'à des choses qui n'appartiennent à personne* ». Confère PROUDHON (J.B.V.), *Traité du domaine public*, 1833-1834, pp. 242-243. Cité par BETI ETOA (C.), « Les fondements idéologiques du droit de la domanialité publique au Cameroun », op. cit., p. 207.

puissance publique : l'Etat »¹. Le refus explicite du codificateur domanial de conférer la propriété du domaine public à la personne publique, tient pour l'essentiel au fait que le développement national et la construction de l'unité nationale², qui étaient les objectifs essentiels du nouvel Etat unitaire, n'avaient pas d'autre finalité que celle de mettre au centre de tout : le souverain, c'est-à-dire la nation camerounaise. Un raisonnement analogue peut être étendu au Sénégal.

Il n'en va pourtant pas de même de la Guinée où les biens du domaine public appartiennent en pleine propriété à l'Etat d'abord, et ensuite aux autres personnes morales de droit public³.

Au demeurant, la propriété étatique des biens du domaine public doit être recherchée dans divers textes législatif et réglementaire dans les Etats d'Afrique

¹ Cette analyse empruntée au doyen KAMTO semble selon lui, s'appliquer exclusivement aux dépendances du domaine national. L'on ajoutera tout de même que cette analyse se trouve vérifiée en ce qui concerne également les dépendances du domaine public. V. KAMTO (M.), « Introduction au droit de l'urbanisme du Cameroun », *R.D.P.*, L.G.D.J, Paris, 1989, p. 1620.

² Nous ne reviendrons plus au titre de la présente recherche sur les développements consacrés à la thèse de la construction nationale ou développementaliste, car elle a fait l'objet de réflexion de grande ampleur au sein de la doctrine nationale singulièrement et *africaniste* généralement. Qu'il nous soit permis de renvoyer simplement ici à : BIPOUN WOUM (J. M.), « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique Noire d'expression française : le cas du Cameroun », *RJPIC*, 1972, pp. 297-472 ; du même auteur : ONDOA (M.), *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, 3 tomes, Thèse de Doctorat d'Etat en droit public, Université de Yaoundé II, 1996, 1018 p ; ONDOA (M.), « Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJPIC*, n°3, septembre-décembre 2002, pp. 287-333 ; ONDOA (M.), *Introduction historique au droit camerounais : la formation initiale. Eléments pour une théorie de l'autonomie des droits africains*, Yaoundé, les Ed. Le Kilimandjaro, coll. « Doctrine juridique africaine et malgache », 2013, 319 p. En ce sens aussi : KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique noire : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., 1987, 547 p ; KONTCHOU KOUOMEGNI (A.), « Le droit public camerounais, instrument de construction de l'unité nationale », *R.J.P.*, n° 4, octobre-décembre 1979, pp. 415-441 ; NLEP (R.-G.), *l'Administration publique camerounaise : contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque Africaine et Malgache », 1986, pp. 257-374 ; OWONA (J.), « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *R.C.D.*, n° 6, juillet-décembre 1974, pp. 104-123.

³ Article 96 du Code domanial et foncier guinéen.

noire francophone qui n'ont pas cru devoir la consacrer formellement dans les Codes fonciers et domaniaux¹.

S'il n'est plus contestable de nos jours que l'Etat exerce un droit de propriété à l'égard de son domaine public, qu'en est-il concrètement de celui des autres personnes morales de droit public ?

2- La propriété infra étatique

La lecture attentive des législations sous examen oblige à admettre la propriété de l'ensemble des personnes publiques sur le domaine public. A cet égard, les collectivités territoriales décentralisées (commune et région), les groupements d'intérêt public² et les établissements publics³ sont les personnes morales de droit public exerçant un droit de propriété sur les biens du domaine

¹ Concernant le droit de propriété administrative de l'Etat au Cameroun par exemple, l'on pourra se reporter par exemple : à l'article 6 alinéa 2 la loi n° 2001-001 du 16 avril 2001 portant Code minier, qui dispose que : « *les mines sont et demeurent propriété de l'Etat* » ; d'autre part, la loi n° 99-013 du 22 décembre 1999 portant Code pétrolier dispose, en son article 3 alinéa 1, que : « *les gisements ou accumulations naturelles d'hydrocarbures que recèle le sol ou le sous-sol du territoire camerounais, découverts ou non, sont et demeurent la propriété exclusive de l'Etat* ». L'on pourrait multiplier des exemples analogues au soutien de ce raisonnement, à propos des prérogatives accordées aux personnes publiques pour classer et déclasser un bien du domaine public, pour procéder aux mutations domaniales, etc. Mais ceux cités suffisent sans doute à fonder l'idée selon laquelle la personne publique exerce tout comme la personne privée, un droit de propriété sur ses biens, en particulier sur ceux du domaine public. En sens inverse, elles sont tenues d'entretenir les biens du domaine public, contraintes de les désaffecter avant l'aliénation, etc. De la même manière, l'Administration dispose de privilèges considérables (le droit de percevoir des redevances pour usage privatif, modification unilatérale du contrat, contrôle et direction de l'exécution des travaux, résiliation unilatérale du contrat, etc.) pour réaliser certaines missions d'intérêt général, notamment la construction des routes, barrages, ponts, etc. Il en résulte qu'ils causent fréquemment des dommages aux administrés, ce qui la soumet en particulier en matière de responsabilité extracontractuelle, à un régime beaucoup plus sévère pour elle et plus favorable pour les particuliers que le régime général de responsabilité. En ce sens, lire à des fins utiles PEISER (G.), *Mémento de Droit administratif des biens*, op. cit., p. 3.

² Loi n° 2010/023 du 21 décembre 2010 fixant le statut du groupement d'intérêt public.

³ Il importe cependant de relever que l'article 60 alinéa 3 de la défunte loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, semble indiquer que les biens du domaine public sont attribués en jouissance aux établissements publics administratifs, et de ce fait, ils intègrent leur domaine privé tout en conservant leur statut d'origine. La nouvelle loi n° 2017/010 du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics, quant à elle est muette en ce qui concerne les biens des domaines public et privé des établissements publics.

public. Toujours plus près de nous, le juge administratif camerounais dans un considérant épique ajoutera à ces personnes morales de droit public classiques, d'autres qui peuvent être qualifiées de modernes, notamment les chambres consulaires¹, même si la nouvelle loi n° 2017/010 du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics ne paraît pas leur reconnaître ce statut.

Quoiqu'il en soit, il est totalement reconnu dans le droit des anciens territoires français d'Afrique par l'unanimité des auteurs et par la jurisprudence que les autres personnes morales de droit public peuvent gérer soit directement les services publics ou les dépendances affectées à l'usage direct du public. Et, c'est ce droit de propriété administrative, qui « *confère en effet aux personnes publiques de nombreuses prérogatives et procure à leur biens une protection spécifique* »².

Le particularisme de ce droit de propriété tient au fait qu'il ne saurait être ni général, ni absolu, encore moins régi suivant les règles du droit commun³. A ce

¹ CS/CA, jugement n° 19/2001-2002 du 31 janvier 2002, C.C.I.M. c/ Etat du Cameroun (MINUH) dans lequel, le juge tranche en des termes forts intéressants ce qui suit : « *Considérant que l'association dénommée « Amicale des français du Cameroun » au profit de la quelle la déchéance des droits de la C.C.I.M. a été prononcé n'est pas reconnue comme un organisme d'intérêt public, au contraire de la C.C.I.M. qui demeure une chambre consulaire, une personne morale de droit public, œuvrant pour le compte de la collectivité nationale* ».

² Le domaine public apparaît comme le lieu privilégié d'exercice des prérogatives de puissance publique, qui prennent diverses formes comme le témoignent la situation précaire de l'occupant privatif du domaine public, l'exercice des polices administratives générale et spéciale, l'atteinte au droit de propriété privée par le régime exorbitant de la délimitation et de l'incorporation des biens au domaine public, etc. En ce sens, ARRIGHI de CASANOVA (J.), « La compatibilité de la domanialité publique et du bail emphytéotique », *op. cit.*, p. 510.

³ Le droit administratif des biens globalement et singulièrement le droit de la domanialité publique doit-il être considéré comme échappant aux règles du droit civil ? La question peut paraître singulière et mérite pour cela d'être précisée. Marqué par un grand particularisme, cela n'empêche pas pour autant au droit de la domanialité publique, de se référer sur toute une série de points à des concepts ou à des techniques relevant du droit commun. Il serait par conséquent erroné de croire que cette branche du droit administratif relève exclusivement des règles spécifiques du droit public et de la seule compétence de la juridiction administrative. Le droit privé et la compétence du juge de droit commun, en vertu de la règle selon laquelle, la compétence suit le fond, consacrée par l'arrêt *BLANCO* (T.C., 08 février 1875), y ont également leur place. D'ailleurs, cela peut se comprendre au regard du contexte de la formulation de cet arrêt de principe, qui s'entendait dire que le droit administratif a son esprit qui se construit autour de la conciliation de l'intérêt général et des intérêts particuliers, et que pour la réalisation de celle-ci, le juge administratif recherche les solutions partout, y compris en droit privé, notamment civil.

titre, le droit de propriété du fait de la destination particulière des biens est limité dans ses effets, et le juge administratif en est le gardien¹. En cas de contentieux lié notamment à la gestion du domaine public, la compétence du juge administratif est retenue, qu'il soit de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux².

Pour toutes ces raisons, si l'affirmation de la propriété publique des biens du domaine public ne semble souffrir de rien, celle-ci ne doit pas être simplement regardée comme le droit de propriété que l'Administration exerce sur son bien privé ou encore comme le droit de propriété privée, mais davantage, comme un droit de propriété *sui generis*, car administratif. C'est donc un droit de propriété administrative, soumis à un régime autre que celui du Code civil, impliquant des prérogatives et sujétions particulières, et dont la spécificité est due à l'affectation des biens à l'utilité publique³.

Aussi bien convient-il de lire utilement en ce sens EISENMANN (Ch.), « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *R.D.P.*, 1972, n° 6, p. 1422.

¹ S'il est habituel que le juge judiciaire est le gardien de la propriété privée immobilière et même dans une certaine mesure du domaine privé des personnes morales de droit public, il n'est pas envisageable que cette compétence judiciaire de principe trouve à s'appliquer aux biens du domaine public ; qu'à l'étendre au domaine public, ce serait méconnaître l'affectation à l'utilité publique, laquelle fonde la propriété administrative, la soumission des biens au régime de droit public et la compétence de la juridiction administrative. V. notamment sur ce point, CHAPUS (R.), *Doit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 419.

² Pour une confirmation, consulter CHAPUS (R.), *Doit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 421. Selon une présentation classique, par contentieux de l'excès de pouvoir ou objectif ou encore des actes formels, il s'agit pour le juge administratif, d'annuler, d'interpréter et apprécier la légalité ou encore de déclarer l'inexistence compte tenu de son pouvoir limité, d'un acte administratif illégal étant observé qu'il est en présence d'une question de droit objectif. Par contre, l'on est en présence d'un contentieux subjectif ou de pleine juridiction ou encore des actes matériels, lorsque le juge (administratif ou judiciaire) en raison de ses pouvoirs étendus, est appelé à se prononcer sur une question de droit subjectif, notamment pour l'annuler, la modifier ou la substituer.

³ BINCZAK (P.) et NICINSKI (S.), *L'essentiel du Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., Paris, Gualino éditeur, 2005pp. 14 et s. Sur la position contraire, voir la thèse soutenue par le doyen Maurice HAURIOU, d'après laquelle, le droit de propriété publique reste et demeure dans son principe un droit de propriété, même s'il est soumis à un régime autre que celui du Code civil. Puisque selon lui, si avant et après l'affectation, le bien relève du domaine privé et que l'on reconnaît alors qu'il est objet de propriété, il estime pour le moins difficile d'admettre que le droit de propriété disparaisse pendant la durée de l'affectation par cela seul que le bien a subi un aménagement du fait de sa destination particulière. Selon le raisonnement du doyen HAURIOU en effet, la propriété administrative du domaine public dans son essence n'est pas différente de la propriété privée, mais l'existence de l'affectation lui imprime des caractères particuliers que

En somme, si la propriété publique semble incorporer un bien au domaine public et le soumettre au régime juridique exorbitant de droit public, c'est bien l'affectation à l'utilité publique¹, c'est-à-dire la destination des biens meubles et immeubles naturels ou artificiels à l'usage direct du public ou à l'usage du service public, qui a paru fournir le critère de définition du domaine public et d'application de la domanialité publique en droit camerounais singulièrement, et globalement dans les anciens territoires d'Afrique noire sous domination française.

II- LA SUBSTANCE DE LA DOMANIALITE PUBLIQUE : LA PROTECTION DU DOMAINE PUBLIC

Si tant est que la protection accorde un régime dérogatoire de droit commun aux biens du domaine public, comment procède-t-elle ? Relativement à cette interrogation, deux thèses se sont affrontées. S'il est vrai que ces deux thèses sont opposées, il faut dire en réalité qu'elles se complètent. Le débat va en effet, se cristalliser essentiellement autour de la tendance protectrice des biens affectés à l'usage collectif, ou si l'on veut, la garantie des biens à l'utilité générale et consistant à les rendre insusceptibles d'appropriation privée du fait de leur destination particulière. Cette opposition de vue met aux prises, d'une part les tenants² de la domanialité publique par nature, pour lesquels, les biens

l'on ne retrouve pas nécessairement en droit de la propriété privée. V. CHAPUS (R.), *Doit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 364. En conclusion sur ce point, si l'on doit considérer que les personnes publiques sont titulaires d'un droit de propriété sur le domaine public, celui-ci est d'une nature spécifique et ne peut de ce fait être totalement confondu avec le droit de propriété privée.

¹ Même s'il n'en a pas toujours été ainsi, l'ensemble de la doctrine, confortée par la jurisprudence et les textes, admet aujourd'hui que le domaine public est la propriété publique destinée à l'utilité publique. Davantage, il convient de préciser que c'est la destination qui semble primordiale pour l'application des règles contraignantes de droit public à cette catégorie domaniale. L'on se reportera notamment au point de vue de BETI ETOA dans son excellent article sur les fondements idéologiques du droit de la domanialité publique camerounaise, selon lequel, l'appropriation privée des biens du domaine public est disqualifiée, le critère de la propriété publique insignifiant ; seul est déterminant le critère d'affectation à l'utilité publique. Confère BETI ETOA (C.), « Les fondements idéologiques du droit de la domanialité publique au Cameroun », *op. cit.*, pp. 205 et s.

² Principalement le doyen Jean Baptiste Victor PROUDHON, dans son *Traité du domaine public*, paru entre 1833 et 1834. A sa suite, Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, T.4, 7^{ème} édition, Paris, *Toutemoing*, 1900, p. 88 ; BERTHELEMY (H.), *Traité de Droit administratif*, Paris, 1920, pp. 451-452.

qui existent par eux-mêmes sans l'intervention humaine et destinés à l'usage direct du public, doivent être assujettis aux règles exorbitantes de droit commun, puisqu'ils ne peuvent appartenir à personne, ni servir à des fins patrimoniales comme ceux du domaine privé. D'autre part, les défenseurs¹ de la domanialité publique par destination, qui soutiennent quant à eux, que le régime juridique de droit public s'applique aux biens aménagés ou non et ayant reçu une affectation formelle soit à l'usage direct du public, soit à l'usage du service public, et dont la propriété publique s'y affirme sans doute.

Il résulte de tout ce qui précède que la promotion et la protection du domaine public apparaissent comme la quintessence, voire la finalité de la domanialité publique dans les Etats d'Afrique noire d'expression française tout comme la France elle-même. Cela s'explique par la garantie de l'utilité publique (A) et la conservation de la stature de propriétaire public (B).

A- La garantie de l'affectation à l'utilité publique

La garantie de l'affectation des biens à l'utilité publique semble être l'objet de la protection du domaine public. S'il en est ainsi, c'est parce que la domanialité publique est destinée à assurer l'usage légal des biens affectés à l'utilité générale et se définit comme l'ensemble des règles juridiques qui garantissent l'utilisation commune et conforme des biens du domaine public. En clair, toute mesure exorbitante de droit commun appliquée aux biens collectifs devrait s'adosser en tout ou partie sur l'affectation à l'utilité publique, car elle n'a pour but que de garantir cette ultime fonction. C'est au regard de cette perception qu'il convient de saisir ou d'appréhender la domanialité publique. Traditionnellement, le droit de la domanialité publique est dominé par un souci de conservation du patrimoine, car il s'agit de préserver le patrimoine des personnes publiques contre toute appropriation par des tiers, notamment en garantissant toujours l'affectation des biens du domaine public à l'utilité publique. Voilà pourquoi, les atteintes à l'usage direct du public sont réprimées (1) et l'usage des biens par le service public rationalisé (2).

¹ Dont on peut trouver une intéressante tentative de synthèse respectivement chez : VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, 5^{ème} éd., Armand Colin, Dalloz, 2008, p. 146 ; BINCZAK (P.) et NICINSKI (S.), *L'essentiel du Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 13.

1- La répression des atteintes à l'usage direct du public

Admettre comme paraissent le faire les législations domaniales des Etats d'Afrique noire d'inspiration française, que le domaine public existe pour la satisfaction des besoins de la communauté, ne donne pas à lire que cette dernière peut tout faire de lui. Le fait en est que tout usage qui n'est pas conforme à l'utilité publique, ni compatible avec elle, est susceptible de porter atteinte à la destination du bien et à son intégrité physique ou à sa conservation. Il y a lieu de relever que tout défaut de garantie du droit d'usage du public au nom du respect de l'affectation est passible de sanction. On doit pouvoir noter qu'il ne suffit pas d'avoir un domaine public, il faut respecter la destination de ses biens. Il faut aussi surtout qu'il existe des voies de droit pour en contrôler l'utilisation.

L'affectation des biens à l'utilité commune oblige l'autorité administrative en vertu de son droit de propriété et conformément à son pouvoir réglementaire, à prendre toutes les mesures nécessaires à leur conservation et au respect de leur destination. Si initialement, le domaine public était juste regardé comme un lieu de déploiement de la communauté, d'exercice de libertés publiques, de nos jours cependant, l'intervention de l'autorité publique est indispensable pour reconnaître ces libertés quel qu'en soit l'objet et les aménager.

Dans le but de respecter l'affectation et de préserver l'intégrité des biens du domaine public, les administrés sont susceptibles d'être réprimés en cas d'atteinte portée à ces biens ou à leurs destination et conservation. Toute personne qui se rend coupable d'atteinte à l'intégrité matérielle et/ou à la destination des biens du domaine public, s'expose aussi bien à une peine privative de liberté qu'à une peine pécuniaire. Ainsi, s'explique probablement que les plus soumis à la répression aux atteintes des dépendances du domaine public, sont généralement ceux qui en profitent directement, c'est-à-dire le public.

Le législateur pénal tout en veillant au respect du bon ordre social, réprime sévèrement les atteintes portées aux biens appartenant à la collectivité publique. S'y ajoute encore, tout recours que l'on peut tenter devant le juge judiciaire répressif, consistant pour lui à sanctionner les atteintes au domaine public. C'est ainsi tout un pan de la structure du contentieux administratif telle que consacrée par la classification opérée par Edouard LAFERRIERE au début du XIXe siècle et relatif à la répression, qui est mis en exergue ici. Il apparaît au demeurant que c'est la conservation de la consistance matérielle des dépendances du domaine

public et la garantie, pour ne pas dire le respect de la destination des dépendances du domaine public qui semblent être le fondement de cette protection pénale répressive.

Une lecture rapide et attentive des dispositifs juridiques en présence laisse penser qu'ils prônent la réparation de tout dommage causé aux biens affectés à l'utilité publique, soit en instituant les règles de conservation du domaine public, soit en instituant des règles de sanction relatives aux atteintes à ces biens. Cependant, et comme le note si bien le professeur DUFAU, « *Pour obtenir l'expulsion des occupants ou l'enlèvement des installations irrégulièrement implantées ou maintenues sur le domaine public, elle doit normalement recourir au juge. La possibilité d'agir par voie d'exécution d'office ne lui est ouverte qu'à titre exceptionnel* »¹.

S'agissant du premier point, il faut dire que « *la police de la conservation tend à garantir le maintien des dépendances du domaine public à leur affectation, c'est-à-dire, le respect et la perpétuation (tant que l'utilité publique l'exige) de leur affectation* »².

Ainsi, l'Administration a, dans l'hypothèse de la méconnaissance de la destination légale des biens du domaine public par les usagers (utilisation incompatible ou non conforme à l'utilité commune) le pouvoir d'édicter des sanctions. Si l'on conçoit fréquemment en droit administratif que l'Administration puisse sanctionner ceux qui utilisent les dépendances du domaine public en violation de leur destination, les destinataires des biens ne disposent, quant à eux, que de la possibilité de faire jouer, devant le juge administratif, la responsabilité de la puissance publique pour défaut d'entretien normal des biens publics. Protéger le domaine public, écrivaient GODFRIN et DEGOFFE dans leur *Manuel de Droit administratif des biens*, « *c'est, enfin, empêcher, et au besoin punir ceux qui l'utilisent mal...* »³. C'est-à-dire que la destination légale des biens doit toujours être respectée, sinon protégée. Les pouvoirs publics sont tenus chacun, en ce qui le concerne, de veiller au respect de l'affectation. Cette

¹ DUFAU (J.), *Le domaine public ; composition, délimitation, protection, utilisation*, op. cit., p. 297.

² CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 2, op. cit., p. 422.

³ GODFRIN (P.), DEGOFFE (M.), *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, op. cit., p. 195 ; voir dans le même sens SAMBA AMINETA SARR, *La domanialité des biens de l'Administration publique à l'épreuve des régimes fonciers traditionnels : "le cas du Mali"*, Thèse de doctorat en droit, Université de Grenoble, 2006, p. 266.

dernière tient à la fois à la garantie de la destination des biens et au souci de voir leur intégrité conservée.

En parcourant les textes en présence, l'on s'aperçoit aisément, que la protection du domaine public intègre et conditionne même tous les actes relatifs à l'utilisation, à l'occupation et à la gestion des dépendances destinées à l'usage commun. En effet, pour ce qui est du Cameroun, l'ordonnance domaniale indique bien que : « *Sauf dispositions particulières contraires, sont également fixées par décret, les règles relatives à la délivrance des permis de stationnement, aux autorisations d'occupation ou d'exploitation, à la police et à la conservation du domaine public* »¹. Quant au Mali, on note que « *Des décrets pris en Conseil des Ministres fixent les règles relatives à la police, à la conservation et à l'utilisation du domaine public, à la police du roulage, ainsi qu'à l'exercice des servitudes militaires et des servitudes d'utilité publique* »². Il n'est pas prévu quelque chose de fondamentalement différent en Guinée où, il est possible de constater que « *Toute atteinte à l'intégrité physique ou matérielle du domaine public est punie d'une amende de 10.000 à 100.000 FG, sans préjudice de la réparation des dommages causés* »³. En dernière analyse, le Sénégal prescrit ce qui suit : « *Les mêmes infractions, les actes de nature à gêner ou empêcher l'application ou l'exercice des servitudes d'utilité publique ainsi que les actes de dégradation ou de destruction de dépendances du domaine public, sont passibles d'une amende allant de vingt mille francs à deux millions de francs et, en cas de récidive ou de non-exécution des travaux prescrits, d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de vingt mille francs à deux millions de francs sans préjudice de la réparation des dommages causés* »⁴.

Il s'ensuit que l'Administration dispose d'un pouvoir de réglementation en vue de rétablir ou de maintenir l'intégrité matérielle des biens publics et de leur assurer une utilisation normale, conformément à leur destination légale. Ce pouvoir de réglementation couvre aussi bien l'ensemble du territoire (police administrative générale) que l'ensemble des dépendances du domaine public (police de la conservation du domaine public). Deux cas bien différents sont à distinguer : ou bien la contravention résulte soit de la compromission de l'intégrité matérielle des dépendances du domaine public, soit de celle de

¹ Article 9 de l'ordonnance n° 74/2 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial.

² Article 25 du Code foncier et domanial malien.

³ Article 108 du Code domanial et foncier guinéen.

⁴ Article 20 alinéa 3 du Code domanial sénégalais (loi n° 76/66 du 2 juillet 1976).

l'affectation (critère alternatif), ou elle résulte de la compromission de l'intégrité matérielle et de la destination légale des biens du domaine public (critère cumulatif). Quoiqu'il en soit, le législateur¹ tout comme le jurislatureur² au Cameroun attribue expressément cette compétence au juge judiciaire.

Sur le second point, il est à remarquer que si la garantie de l'affectation des biens du domaine public s'est d'abord manifestée longtemps sous la forme de police administrative, elle met à ce jour l'ensemble des dépendances du territoire national et pas seulement ou principalement, celles destinées au public ou aux services publics, à l'abri de l'appropriation privée en assurant l'ordre public. En clair, bien qu'elle ne soit pas spécifique au domaine public, mais s'étende à l'ensemble du territoire national, la police administrative générale contribue incontestablement à la protection des dépendances du domaine public. Visiblement, ce n'est donc pas le propre des dépendances destinées à l'utilisation collective. Les préoccupations d'ordre public vont au-delà de la préservation des biens affectés à l'usage direct du public ou du service public pour s'étendre à l'ensemble des biens, qu'ils soient publics ou privés. Ce qui reviendrait à dire que la protection du domaine public déborde le cadre du droit administratif, à travers la conservation des biens affectés à l'utilité publique pour se retrouver sur la sphère du droit constitutionnel, notamment la garantie de l'indivisibilité du territoire de la République.

¹ Ce déclinatoire de compétence n'avait pour seul fondement que l'article 13 de la loi n° 59/47 du 17 juin 1959 portant organisation domaniale et foncière : « *les contraventions constatées par procès-verbal sont déférées pour l'application des pénalités au tribunal répressif de l'ordre judiciaire. L'action en réparation des dommages causés au domaine public peut être poursuivie en même temps devant le même juge que l'action publique* ».

² « *considérant en ce qui concerne la compétence, que si l'article 13 de la loi n° 59/47 du 17 juin 1959 portant organisation domaniale et foncière a donné compétence aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour connaître, à l'avenir des contraventions de voirie et que le tribunal d'Etat n'est par suite pas compétent pour juger des contraventions, il est de règle que les lois modificatives de compétence ne s'appliquent pas aux affaires dans lesquelles est déjà intervenue une décision sur le fond ; que l'arrêté attaqué constitue un véritable jugement ; qu'en outre, ce jugement était intervenu sous forme de décision administrative, les tribunaux judiciaires ne pourraient pas en prononcer l'annulation. Ce pouvoir n'appartenant qu'à la juridiction administrative* ». Dans ce sens : Arrêt n° 74/T. E. du 19 février 1960, Société MARITRI c/ Etat du Cameroun. D'autres illustrations ont été donné bien avant cette date dans la jurisprudence du défunt Conseil du contentieux administratif : CCA, arrêt n° 611 du 29 juin 1957, Etat du Cameroun c/ ELARIDI KHALI et ELARIDI SAID ; CCA, arrêt n° 622 du 29 juin 1957, Etat du Cameroun c/ DOBO François et LOGOTHETIS Elias ; CCA, arrêt n° 624 du 29 juin 1957, Etat du Cameroun c/ DIKONGUE Augustin et HADJICANTAKIS.

Ainsi et selon le professeur OWONA, « *si l'ordonnance de 74/2 mentionne les règles relatives à la conservation, elle n'oublie pas celles relatives à la police du domaine public* »¹. Les législations malienne², sénégalaise³ et guinéenne⁴ semblent faire leurs, cette configuration actuelle du droit domanial camerounais. Pour une illustration, il suffit de faire référence aux Codes domaniaux, qui prévoient quasiment mot pour mot les dispositions de l'article 9 de l'ordonnance domaniale n° 1974/2.

Par ailleurs les biens affectés à l'usage du service public doivent faire l'objet d'une utilisation efficace et célère.

2- La rationalisation de l'usage par le service public

Bien que la personne publique soit tenue de respecter la destination des biens et les exigences du service public, elle est libre de choisir, en raison de son droit de propriété, l'usage qu'elle entend faire de son bien. La destination des biens du domaine public à l'usage des services publics au Cameroun, en Guinée, au Mali et au Sénégal suppose deux choses, ou du reste emporte deux conséquences : soit l'adaptation à l'utilisation en régie connue encore sous le vocable de gestion autonome, soit la délégation par l'utilisation en partenariat encore désignée sous l'appellation de gestion participative.

Pour la plupart des législations des Etats d'Afrique noire d'expression française, l'adaptation à l'utilisation en régie est essentiellement, voire presque exclusivement le mode de gestion des biens destinés à l'usage des services publics. Cela se comprend aisément si l'on se rappelle que les personnes publiques n'ont pas pour raison d'être de faire des bénéfices, mais plutôt, d'assurer des fonctions considérées comme étant d'intérêt commun⁵. Le principe juridique veut donc que la collectivité publique choisisse librement le mode de gestion de ses services publics, à condition de toujours respecter l'affectation et d'assurer le service minimum. Confortée par le droit que le titulaire d'une chose exerce sur cette dernière, elle opte alors d'utiliser elle-même ses biens pour satisfaire l'intérêt public.

¹ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op.cit., p. 126.

² Article 25 du Code foncier et domanial malien.

³ Article 20 alinéa 3 du Code domanial sénégalais (*loi n° 76/66 du 2 juillet 1976*).

⁴ Article 108 du Code domanial et foncier guinéen.

⁵ MAGNET (J.), *Eléments de la comptabilité publique*, Collection systèmes-finances publiques, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 22.

A l'instar de leur homologue camerounais, le Mali¹ et le Sénégal² consacrent la gestion étatique du domaine public destiné aux services publics comme principe général de gestion des biens publics. Erigé en principe général de gestion³, l'adaptation par l'utilisation en régie semble traduire l'idée selon laquelle : « *le service ne constitue pas une personne juridique distincte de la collectivité publique de rattachement* »⁴.

Ainsi perçue, l'adaptation à l'utilisation en régie débouche sur l'obligation d'entretien des biens du domaine public et la responsabilité de l'administration en cas de dommages résultant des biens de cette catégorie domaniale. De ce fait, si la liberté d'entretien des biens mobiliers ou immobiliers semble être le principe qui gouverne le droit de la propriété privée ; tout autre par contre est le cas de la propriété administrative, qui doit toujours faire l'objet d'entretien permanent avec une fréquence telle qu'elle puisse satisfaire l'intérêt commun, qui est sa raison d'être ou encore sa condition d'existence.

Il est classiquement admis en droit administratif qu'au premier rang des sujétions administratives figure la soumission de l'Administration au droit. Celle-ci se traduit en droit de la domanialité publique, par la charge qui lui incombe de conserver les biens du domaine public dans un état physique tel qu'ils puissent être toujours utilisés dans les meilleures conditions conformément à leur destination. Mais au-delà du fait que l'Administration doive se soumettre au droit à travers le respect du principe de légalité (entendu au sens large comme la soumission de l'Administration au droit en général et non pas principalement ou exclusivement à la loi), sa responsabilité en cas d'action, d'omission ou d'abstention est le fondement second des sujétions administratives. Ceci explique que le défaut d'entretien, l'entretien insuffisant et l'entretien insatisfaisant de ses biens suffisent à mettre en jeu la responsabilité de la

¹ Article 18 du Code foncier et domanial malien (ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000) : « *Le domaine public immobilier de l'État est géré par le ministre chargé des Domaines qui peut toutefois déléguer ses pouvoirs de gestion aux autres ministres pour les dépendances du domaine public relevant de leur attribution. Ces ministres peuvent, à leur tour, déléguer leurs pouvoirs de gestion à des concessionnaires dûment agréés* ».

² Article 10 du Code domanial sénégalais (loi n° 76/66 du 2 juillet 1976) : « *L'Etat assure la gestion du domaine public naturel. Il gère les dépendances du domaine public artificiel qui n'ont pas fait l'objet d'un transfert de gestion au profit d'une autre personne morale publique, d'un concessionnaire de service public ou d'un organisme visé à l'article 11 de la loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national* ».

³ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op.cit., p. 124.

⁴ DUPUIS (G.) et GUEDON (M. J.), *Droit administratif*, 3^{ème} éd., Paris, Armand-Colin, 1991, p. 434.

collectivité publique propriétaire, telle qu'elle a été aménagée par le droit administratif et sous certaines conditions¹. Il faut tout de suite préciser que la conservation des biens publics immobiliers en général et spécialement ceux du domaine public passe nécessairement par les travaux publics, qui selon les cas sont d'aménagement, de construction, de restructuration², de rénovation, d'équipement, etc. C'est pour dire également que l'administration doit assurer à travers ses moyens financiers, personnels et matériels la garantie de la conservation des dépendances dans un état matériel tel qu'elles puissent être utilisées dans les meilleures conditions conformément à leur affectation³. Faute de quoi sa responsabilité peut être engagée dans espaces en cause.

L'inobservation de l'obligation d'entretien ou de conservation peut être à l'origine des dommages causés aux usagers ou aux riverains de ces ouvrages. Tel est par exemple le cas, du mauvais entretien des voies publiques, des ponts, des bâtiments abritant les services publics, ou de la non-signalisation des travaux publics en exécution ou des ouvrages publics défectueux, qui occasionnent des dommages aux usagers de ces ouvrages ou aux tiers.

Les dommages qui en résultent ont soit un caractère permanent à cause de leur proximité avec l'ouvrage public ou le travail public, soit accidentel lorsqu'ils résultent d'un fait unique et passager lié à un ouvrage ou travail publics⁴.

¹ Pour le professeur Charles EISENMANN, qui rejoint en cela le doyen VEDEL, en plus d'être patrimoniale ou pécuniaire, la responsabilité administrative est toujours sous condition. V. EISENMANN (Ch.), « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *op.cit.*, p. 1370.

² NKOLO ANANI (J.-M.), *La restructuration urbaine en droit de l'urbanisme camerounais*, Mémoire de master en droit public, Université de Yaoundé II, FSJP, 2014-2015, 146 p.

³ CHAPUS (R.), *Doit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 422.

⁴ MPESSA (A.), « Les litiges intéressant le domaine public : titre de compétence des tribunaux administratifs », *R.J.P.E.F.*, n° 4, 2012, p. 440 ; GODFRIN (P.), DEGOTTE (M.), *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, *op. cit.*, pp. 335 et s. Il faut en effet rappeler que cette distinction traditionnelle, même si elle rend mieux compte, aujourd'hui encore, de la jurisprudence, n'a pas connue l'assentiment de la doctrine actuelle. Cette dernière semble adopter dans sa portion majoritaire, contrairement à la première, la distinction responsabilité pour faute et responsabilité sans faute, selon que l'on est en présence de l'utilisateur ou du tiers. Cependant, la situation du participant est quelque peu ambiguë, car le préjudice dont il aurait souffert ne peut être réparé qu'à la seule condition qu'il prouve la faute de la collectivité publique. L'on en déduit alors que la séparation dommages accidentel et permanent permet de rendre mieux compte de la situation des personnes concernées par les dommages de travaux publics, même si dans tous les cas, la responsabilité de la puissance publique pour dommages des travaux et ouvrages publics résulte soit de la faute, soit alors elle est consécutive à l'absence de

En droit administratif, ces dommages de travaux et ouvrages publics obéissent à un régime de responsabilité particulier¹ et se rattachent au contentieux des actes matériels de l'Administration ou contentieux subjectif ou encore contentieux de la responsabilité ou même encore contentieux de l'indemnisation. En effet, le particularisme de la responsabilité des collectivités publiques, n'est pas trop sa soustraction de principe au juge de droit commun (juge judiciaire), ni, sa soumission au juge spécial (juge administratif), mais, l'application des règles spéciales dérogoires aux règles de droit commun. Le principe majeur qui semble gouverner la question de la responsabilité de la puissance publique en matière de travaux et ouvrages publics a pour conséquence l'imputation des actes dommageables à la collectivité administrative propriétaire ou affectataire des biens publics mal entretenus, non entretenus ou insuffisamment entretenus. Cette responsabilité est par nature civile et extracontractuelle². Et encore, écrit le professeur ABANE ENGOLO, à la différence de la responsabilité civile, qui

faute. Et, c'est cette dernière distinction qui permet de fonder la réparation des préjudices ou torts causés aux particuliers du fait du défaut d'entretien normal des biens publics en général, et spécialement ceux du domaine public.

¹ Voir CHAPUS (R.), « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », mélanges offerts à Marcel WALINE, *Le juge et le droit public*, t. 2, L.G.D.J., juillet 1974, pp. 307-322. Cette responsabilité suppose particulièrement deux choses : la causalité et l'imputabilité. Elles répondent respectivement aux questions de savoir : qui est l'auteur du dommage ? et qui indemniser ou réparera le préjudice ? Ces questions permettent ainsi de déterminer l'auteur du préjudice et donc d'imputer celui-ci à la collectivité publique responsable du service dans lequel est né le préjudice.

² ONDOA (M.), *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : contribution à l'étude des droits africains*, 3 tomes, Thèse de Doctorat d'Etat en droit public, Université de Yaoundé II, 1996, p. 23. Il convient de rappeler au passage, qu'à la différence de la responsabilité contractuelle, qui se fonde sur l'inobservation des stipulations du contrat administratif, celle extracontractuelle, résulte alors d'un préjudice causé soit par l'action (à l'occasion des travaux publics ou de l'édition des actes administratifs unilatéraux), soit par l'abstention (à l'occasion du non-entretien des dépendances du domaine public) de l'administration, selon les termes des articles 2 et 3 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs. La responsabilité civile délictuelle telle qu'elle résulte des articles 1382 et suivants de notre Code civil, entend donner ouverture à la condamnation à des dommages-intérêts au profit de la victime, lorsque par le fait de l'abstention, l'imprudence ou la négligence de quelqu'un (en raison des personnes dont il répond ou des choses qu'il a sous sa garde), il en naît un préjudice.

serait générale, la responsabilité administrative n'est pas absolue ; elle est exceptionnelle¹.

Cependant, un accident qui résulterait d'un défaut d'entretien ou d'aménagement d'un immeuble engagerait la responsabilité contractuelle du concessionnaire qui gère l'immeuble envers les usagers du service². Cela suppose que la responsabilité de la personne publique n'est retenue que si et seulement si, l'immeuble affecté à l'usage du public ou du service public n'a pas fait l'objet d'autorisation d'occupation privative pour le premier, et de concession de service public pour le second.

Il importe par ailleurs de préciser que cette responsabilité extracontractuelle, tout comme celle civile, à l'opposé de la responsabilité pénale, vise la réparation ou l'indemnisation (en nature très rarement ou en argent le plus souvent) et non la sanction³.

On retiendra pour terminer que dans les droits positifs en cause, le contentieux des dommages causés aux particuliers par le défaut d'entretien normal des ouvrages publics fait partie du contentieux des dommages de travaux et ouvrages publics ou plus généralement des travaux publics⁴, dont la

¹ ABANE ENGOLO (P. E.), « Existe-t-il un droit administratif Camerounais », in ONDOA (Magloire) et ABANE ENGOLO (Patrick Edgard) (Sous la direction de), *Les fondements du droit administratif camerounais*. Actes du colloque, université de Yaoundé II, 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 15.

² Pour mémoire, lire AUSTRY (S.), « La responsabilité du concessionnaire de service public à l'égard de ses cocontractants », conclusions sur Conseil d'Etat, 11 décembre 2000, *Mme AGOFROY et autres, R.F.D.A.*, 2001, p. 1277 et s. L'on doit ce raisonnement à la Haute juridiction administrative française, notamment : C.E., 13 décembre 1972, *CAMAT et autres*. Rec. p. 805.

³ Très souvent, l'habitude est de distinguer la responsabilité pénale (qui consiste à sanctionner l'auteur du préjudice en le privant de liberté et/ou le condamnant à la réparation pécuniaire) de la responsabilité administrative, qui est par nature civile et extracontractuelle, consistant à condamner l'auteur du préjudice (l'Administration) à la réparation à travers le paiement des dommages-intérêts. V. GUIMDO DONGMO (B.-R.), « La protection des droits de l'homme en matière administrative en général et à travers les procédures d'urgences- le sursis à exécution et le référé- en particulier », in Alexis DIPANDA MOUELLE et Maurice KAMTO (sous la coordination de), *Justice, procédures juridictionnelles et protection des droits de l'homme en Afrique*, Audience solennelle de rentrée et journée scientifique de la Cour Suprême du Cameroun, PUCAC, 2012, p. 150. En ce sens également CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, T.1, 12^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 1137.

⁴ Pour une doctrine établie, « constitue un dommage de travaux publics tout dommage qui se rattache à un travail public ou à un ouvrage public ». V. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. de), *Mémento de Droit administratif des biens*, op. cit., p. 197.

compétence du juge administratif est retenue, non sur le fondement exclusif des litiges intéressant le domaine public¹, mais aussi au chapitre des actions en indemnisation du préjudice causé par l'action ou l'abstention de l'Administration.

Il résulte de tout ce qui précède que si la domanialité publique a pour ultime objectif de garantir l'utilité publique des biens du domaine public, force est de préciser qu'elle participe également de la conservation de la stature de propriétaire public.

B- La conservation de la stature de propriétaire public

L'interdiction de contraindre l'Administration active est à l'origine de la conservation de la stature de puissance publique, ainsi que l'atteste la proscription de l'injonction et de l'astreinte à son encontre. C'est un pouvoir d'une telle importance qu'il est légitime de s'interroger sur ses fondements ainsi que sur les autorités qui en sont investies. Le droit administratif semble à cet égard, conférer aux personnes publiques en général, les pouvoirs énormes que l'on ne retrouve pas dans la sphère du droit civil notamment, dans le but de toujours préserver l'intérêt général dont elles ont la charge. A cet égard, M. François DERUEL note avec perspicacité que : « *l'absence de contrainte de l'Etat résulte de l'indépendance de l'Administration à l'égard du juge et de l'absence de voies d'exécution forcée contre les personnes publiques* »². Au demeurant, les biens affectés à l'utilité publique sont couverts du sceau de l'insaisissabilité (1), mais aussi de l'inaliénabilité (2) tant qu'ils demeurent affectés.

1- L'insaisissabilité des biens publics

Il convient de préciser avant tout qu'il est des biens et des personnes contre lesquels, il n'existe pas de voies de contrainte ou d'exécution forcée de droit public ou de droit privé ; mais pour lesquels, il existe diverses voies de contrainte pour la satisfaction de l'intérêt public : il s'agit en particulier des personnes morales de droit public et leur bien. Ces personnes non plus que leurs biens, en vertu de l'intérêt général qu'ils poursuivent sont pour ainsi dire, couvertes du sceau de l'insaisissabilité. Prédominante pour les biens du domaine

¹ Voir sur la position contraire et assez interloquante, ABA'A OYONO (J.C.), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, Thèse de doctorat en droit, N.R., Université de Nantes, 1994, pp. 196-223 ; JACQUOT (H.), « Le contentieux administratif au Cameroun », *RCD*, n° 7, janvier-juin 1975, p. 28.

² DERUEL (F.), *Finances publiques. Budget et pouvoir financier*, 9^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1991, p. 89.

public, elle n'est pas non plus négligeable pour les autres biens publics. En ce sens s'explique-t-il probablement qu'aucun créancier de l'Etat ne détient l'autorité pour exercer les poursuites contre lui, lorsqu'il est considéré comme débiteur défaillant ou retardataire. Il en est ainsi pour plusieurs raisons qui tiennent à la qualité des propriétaires, à la nature de leurs pouvoirs juridiques, ainsi qu'à la finalité de leur bien. On peut craindre avec Max GOUNELLE qu' : « *ainsi, elle (juridiction administrative) ne peut mettre en œuvre des voies d'exécution de droit commun contre les personnes publiques (saisie, par exemple), encore moins prononcer à son encontre des injonctions (condamnation à une obligation de faire)* »¹. Sans le pouvoir d'enjoindre ou d'astreindre, la juridiction administrative se trouve donc dépouillée du pouvoir de faire appliquer ses décisions, notamment celui particulier de contraindre l'Administration active.

Relevons d'emblée que si la saisissabilité est : « *un principe de droit qui permet de recourir aux voies d'exécution du droit privé à l'encontre des biens des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale* » ; l'insaisissabilité pour sa part « *est un attribut de la puissance publique, qui protège le domaine public, mais aussi tous les autres biens, ainsi que la continuité du service public.* »²

Ces généralités appellent plusieurs remarques. En premier lieu, l'interdiction de recourir aux voies d'exécution du droit privé à l'encontre des biens publics. En second lieu, cette interdiction vaut également pour les biens du domaine privé de l'Etat et des autres personnes morales de droit public. En troisième lieu, c'est un principe de protection de la continuité du service public. Enfin, qu'elle que soit l'activité exercée par la personne publique, l'insaisissabilité est inopérante³. En tout état de cause, et sans remise en cause, le domaine public

¹ GOUNELLE (M.), *Introduction au droit public, institutions-fondements-sources*, 2^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1989, p. 159.

² VANG LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, 5^{ème} éd., Editions Sirey, 2008, p. 221.

³ Cette analyse est consacrée par les textes supra législatifs, notamment l'article 30 de l'AUPSRVE qui dispose que : « *les biens des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, qu'elles qu'en soient la forme et la mission, sont insaisissables* ». Toutefois, une préoccupation demeure : qu'advierait-il des biens des personnes publiques lorsqu'elles sont débitrices des personnes privées en raison ou à l'occasion des rapports de droit privé qu'elles entretiennent ? Dans le silence des textes, la jurisprudence communautaire ou nationale devra nous apporter des éléments de réponse compte tenu de l'absence de prérogatives de puissance publique. L'on suggère que les biens publics fassent l'objet de saisie (de droit privé ou par voie

paraît hors de portée de la saisissabilité, pas exclusivement parce qu'il est destiné à satisfaire l'intérêt commun, mais encore et surtout parce qu'il est la propriété publique et qu'il est contradictoire sur le fondement des termes de l'article 2 de l'ordonnance n° 74/2 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial, de vouloir saisir une dépendance administrative destinée à l'utilité générale. Le Mali¹ s'est rallié à cette position. Tout autre est le cas des autres systèmes en cause. Comme on peut le constater en Guinée² et au Sénégal³, les biens du domaine public sont juste inaliénables et imprescriptibles. Cela peut néanmoins se justifier surtout par le fait que l'insaisissabilité est une règle d'origine externe⁴ au droit administratif des biens. Cependant, pour des raisons de sécurité juridique, le législateur gagnerait à la consacrer de façon formelle, car comme nous le savons, en droit ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis en raison du *dogme de la complétude*⁵.

juridictionnelle) dès lors qu'il est établi que la personne publique est dans une relation de droit privé avec le particulier, notamment lorsqu'elle ne se déploie pas comme puissance publique comme le présentent ses actes d'autorités, mais plutôt comme particulier ainsi que le témoignent les actes de gestion, lorsqu'on sait que l'administration bénéficie d'énormes pouvoirs exclusivement pour satisfaire l'intérêt général, ce qui fonde la compétence de la juridiction administrative. D'autant plus qu'en l'absence d'activité comportant le service public et la puissance publique, c'est le droit privé qui s'applique pour une grande part et le juge judiciaire retient la connaissance du litige qui peut en résulter. Dans ces conditions, il convient de remarquer que le principe d'insaisissabilité devra probablement s'appliquer parmi les biens de l'administration, à ceux nécessaire et/ou indispensables à la continuité du service public, indépendamment de leur appartenance au domaine public ou au domaine privé. Sur la distinction traditionnelle entre les actes d'autorité et de gestion, qui ne fait plus fortune en droit administratif, bien vouloir consulter avec profit : BIGOT (G.), « Les mythes fondateurs du droit administratif », *R.F.D.A.*, n° 3, mai-juin 2000, pp. 533 et s ; VEDEL (G.), *Droit administratif*, t. 1, PUF, Paris, 1973, collection « Thémis », p. 83.

¹ Article 27 du Code foncier et domanial malien « *Le domaine public immobilier est inaliénable, imprescriptible et insaisissable* ».

² Article 101 du Code domanial et foncier guinéen : « *Les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles* ».

³ Article 9 de la loi n° 76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'Etat : « *Le domaine public est inaliénable et imprescriptible* ».

⁴ Cette règle est le plus souvent retrouvée en procédure civile, voir à cet effet les articles 315 et 327 du Code de procédure civile.

⁵ Pour une compréhension du « *dogme de la complétude* », lire utilement TROPER (M.), *Le droit et la nécessité*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 2011, pp. 19 et s. Sous une autre configuration, l'auteur fait observer que le système complet consiste en ce que le droit positif ne comporte pas de lacunes ou de contradiction, ou que celles-ci peuvent être éliminées ou comblées au moyen de certaines

L'insaisissabilité des biens du domaine public en tant que « *mesure de protection contre la dépossession des personnes publiques de leurs biens* »¹, suppose l'inexistence des voies d'exécution sur les biens du domaine public et le maintien permanent du bien public au service de l'intérêt général. Tout comme les règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, l'insaisissabilité poursuit l'objectif ultime, qui est de protéger l'intégrité matérielle des biens affectés². Mais encore doit-elle garantir l'affectation à l'utilité publique et préserver la stature de la puissance publique. Au surplus, cette règle transgresse les frontières étanches artificiellement érigées entre le domaine public et le domaine privé, bien que de façon explicite elle ne s'applique qu'au domaine public³. « *La méconnaissance du principe d'insaisissabilité aurait pour conséquence d'introduire le trouble, le désordre dans le fonctionnement des organismes publics mais également de menacer la satisfaction de l'intérêt général dont ils sont les légitimes porteurs* »⁴.

Madame Marie-Anne LATOURNERIE que cite le professeur Odile de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, rappelait déjà que l'interdiction de recourir aux voies d'exécution du droit privé à l'encontre des biens des personnes publiques trouverait son fondement dans plusieurs principes du droit public français, notamment l'idée de monopole de la contrainte légitime, le principe de continuité du service public et la protection des deniers publics, qui proviennent du reste de prélèvements obligatoires sur la propriété privée immobilière⁵. Il importe sous cette clarification de préciser que le principe de l'insaisissabilité des biens du domaine public singulièrement et des biens publics globalement doit être compris comme une règle de protection des biens du domaine public contre les créanciers de l'Administration. En cela, il se présente comme une conséquence directe du principe d'inaliénabilité.

méthodes. V. TROPER (M.), *La philosophie du droit*, « Que sais-je ? », 1ère éd., Paris, PUF, 2003, p. 60.

¹ BETI ETOA (C.), « Les fondements idéologiques du droit de la domanialité publique au Cameroun », *op. cit.*, p. 214.

² MPESSA (A.), *Essai sur la notion et le régime juridique des biens domaniaux au Cameroun*, *op. cit.*, p. 312.

³ *Ibid.*

⁴ SANDIO KAMGA (A.H.), *L'établissement public en droit administratif camerounais*, Thèse de doctorat Ph. D. en droit public, université de Yaoundé II, 2013-2014, p. 106.

⁵ DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. de), *Mémento de Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 37.

2- L'affirmation de l'inaliénabilité sur les dépendances du domaine public

Selon le professeur CORNU, on désigne par inaliénabilité : « *le caractère des biens composant le domaine public et qui s'oppose à ce que les dépendances de celui-ci puissent faire l'objet d'une aliénation volontaire ou forcée ou d'une constitution de droits réels civils au profit des particuliers* »¹.

Ainsi définie et en tant que garantie de l'affectation des biens à l'usage direct du public ou du service public, l'inaliénabilité apparaît comme la « *clef de voûte* »² et de tout le régime protecteur des biens domaniaux publics. Cette considération justifie pour partie le fait que les législateurs sénégalais et guinéen n'ont pas cru utile devoir consacrer formellement l'insaisissabilité des biens du domaine public, étant entendu que les autres principes protecteurs et de faveur ne sont qu'une conséquence logique de l'inaliénabilité. C'est en effet la norme de référence lorsqu'il s'agit de rechercher la source d'habilitation du juge administratif en matière de contentieux lié notamment aux litiges relatifs à la préservation du domaine public, qui du reste est insusceptible d'appropriation privée. Et RIVERO de soutenir que : « *le droit de la domanialité publique a deux visages : la prérogative administrative, sans doute, s'y affirme à l'égard des particuliers ; mais à l'égard de l'Administration elle-même, le régime de la domanialité agit dans le sens d'une limitation de ses droits par rapport à ceux dont un particulier jouit à l'égard de ses biens. La règle de l'inaliénabilité n'a pas d'autre signification, et de même l'obligation pour l'Administration de respecter l'affectation des biens domaniaux.* »³ Il en résulte que s'incliner devant une aliénation quelle qu'elle soit, équivaldrait, pour elle, à admettre que l'ordonnance, adoptée par le parlement le 06 juillet 1974, peut être modifiée par un simple accord entre l'Administration et les administrés ou encore entre administrés. Ce qui serait par exemple illégale dans des cas où rien n'interdirait à un particulier possesseur d'une autorisation unilatérale ou contractuelle d'aliéner la propriété administrative au nom des droits réels. Cette analyse se trouve vérifiée au Mali, en Guinée et au Sénégal.

¹ CORNU (G.), in association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 525.

² L'expression est empruntée au professeur DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. de.), « *Domaine public et droits réels. Commentaire de la loi n° 94/631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public* », semaine juridique Edition Générale n° 1, 4 janvier 1995, I 3812, p. 6.

³ RIVERO (J.), « *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* », op. cit., p. 289.

Non moins important et lourd d'histoire est le débat que suscite, depuis des siècles, l'aliénation ou non des biens du domaine public¹. De fait, l'inaliénabilité sous l'ancien régime a un caractère absolu, car elle permet de protéger les biens du royaume ou de la couronne contre les dilapidations² du roi qui, malgré tout, « *ne pouvait mal faire* »³. Mais, avec la révolution de 1789, l'inaliénabilité perd de son absolutisme, puisque l'on estimait que les pouvoirs du nouveau souverain ne pouvaient être limités.

On rappellera pour finir que l'argument déterminant de la relativité de l'inaliénabilité actuellement, tient à ce que la conception exclusive de l'intérêt général du domaine public, fondée sur l'idée qu'il ne saurait procurer des revenus et appartenir à la personne publique telle qu'elle ressort des idées en vigueur au XIXe siècle où cette théorie dominait, est battue en brèche à notre époque. Si bien que l'Administration aujourd'hui est non seulement propriétaire, mais encore doit tenir compte des impératifs économiques dans la gestion de son patrimoine à condition de ne pas nuire à l'affectation.

Comme on peut le voir, au Cameroun, comme au Mali, de même qu'en Guinée et au Sénégal, l'expérience montre bien que la pratique de l'inaliénabilité ne correspond pas toujours à sa conception originaire et ce pour plus d'une raison. D'une part, la volonté de sécuriser et de favoriser l'investissement sur le domaine public en contournant le principe de précarité et l'interdiction de se constituer des droits réels sur le domaine public ; d'autre part, la délégation par l'utilisation en partenariat permet à la personne publique d'édifier les équipements de sécurité dont elle a rapidement besoin, alors même qu'elle n'en a pas les moyens financiers nécessaires⁴.

¹ Sur l'évolution des principes de la domanialité publique, lire avec intérêt PELLOUX (R.), *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'Ancien Régime*, Thèse Grenoble, 1932.

² GODFRIN (P.), DEGOFFE (M.), *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, op. cit., p. 196.

³ L'on a pu dire de ce vieux principe qu'il excluait toute responsabilité du souverain. A l'appui de cette thèse, l'on invoque également à l'ère contemporaine, l'irresponsabilité politique et pénale du Président de la République. V. ARDANT (Ph.), « Responsabilité politique et pénale des chefs d'Etat, des chefs de gouvernement et des ministres », *R.I.D.C.*, vol. 54, N° 2, Avril-juin 2002, p. 467.

⁴ Lire à cet effet VIDELIN (J. - Ch.), « Partenariat public-privé : histoire d'un équilibre incertain », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 29-33, 25 Juillet 2016, 2214, p. 3.

Conclusion

Il faut du reste préciser dans cette étude que si le domaine public est le fondement sinon l'essence de la domanialité publique, force est d'admettre sur la base des dispositions textuelles, des précisions jurisprudentielles et des positions doctrinales que la quintessence, mieux la substance, voire la finalité de la domanialité publique est la protection et la promotion du domaine public. Sur cette base, il n'est guère contestable que la présence de l'un dépend de l'existence de l'autre. Cependant, il a été démontré contrairement aux idées erronées et largement reçues, que le domaine public n'a plus pour seule fonction l'affectation à l'utilité publique qu'on lui a naguère reconnue. Dans sa conception contemporaine, le domaine public ne ressemble guère à l'image qu'on en avait encore au début du siècle dernier. Il est dorénavant admis et de manière majoritaire, qu'il fait aussi l'objet d'une exploitation économique, ce qui assouplit les règles contraignantes de la domanialité publique et emporte la privatisation de l'intérêt général. De ce fait, le domaine public constitue désormais : « *une richesse collective où s'entremêlent les considérations économiques et financières* »¹.

L'exploitation économique du domaine public est l'un des faits majeurs de la période actuelle, elle occupe une place effective dans la gestion des dépendances du domaine public. On s'accorde à reconnaître que le développement des activités économiques sur les dépendances du domaine public a connu un essor considérable, au point de constituer une condition d'occupation privative après l'obtention d'une autorisation administrative d'une part, à l'effet de valoriser le domaine public tout en respectant sa destination légale. Par ailleurs et d'autre part, le fait d'admettre de nos jours le caractère productif des biens du domaine public, permet d'accroître les ressources des collectivités administratives. Il reste donc que les règles de la domanialité publique dans les systèmes juridiques étudiés doivent être revues et corrigées par le législateur et le jurislature, afin de concilier la protection et la valorisation économique du domaine public dans l'optique d'un développement économique et national.

¹ OBAKER BALINAN (S.), *Domaine public et domaine privé en droit camerounais*, op. cit., p. 484.

Chronique de procédure civile africaine

**Pierre-Claver KAMGAING - Doctorant en cotutelle internationale de thèse,
Universités de Dschang et Côte d'Azur -**

**Chargé d'enseignement à l'Université Côte d'Azur - Enseignant associé à l'Institut
Catholique de Bafoussam**

1. Un accord manifestant une transaction entre les parties entraîne l'extinction de l'action en justice

Résumé. La transaction a la même valeur qu'un jugement passé en force de chose jugée et entraîne l'extinction de l'action en justice.

CCJA, 2^e ch., 08 avril 2021, n° 42/2021

La transaction est un mode amiable de règlement des conflits par lequel les parties à un contrat « *terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* » (art. 2044 du code civil français). En l'espèce, en exécution d'une décision de justice, la société West Africa Mining Logistic Sarl avait pratiqué une saisie-attribution de créances entre les mains de la SGBG au préjudice de la société Cassidy Gold Guinée S.A. Cette dernière a formé opposition à la saisie et a été déboutée. C'est ainsi que les deux parties ont conclu un accord transactionnel le 05 mars 2020 mettant fin au litige.

Or, en dépit de cet accord, la société Cassidy Guinée S A s'est pourvue en cassation devant la CCJA. La question était donc celle de savoir si un accord transactionnel éteint l'action en justice. La haute juridiction répond par l'affirmative en rappelant que « *la transaction a la même valeur qu'une décision passée en force de chose jugée* » et qu'à ce titre, elle « *entraîne l'extinction de l'action* ». Cette solution s'imposait d'elle-même, d'autant plus que l'article 2 de cet accord transactionnel stipulait qu'« *il est interdit à toutes les deux parties, de quelque manière que ce soit (dénonciation), de revenir sur cette affaire de réclamation de créance* ».

Ainsi, selon la CCJA, une transaction ni dénoncée ni remise en cause par l'une des parties continue de produire des effets et s'oppose notamment à ce que le même litige soit soumis à l'appréciation d'un juge (art. 2052 du code civil français). Globalement, au regard de leurs nombreux avantages, les modes alternatifs de règlement des conflits occupent une place très importante aussi bien dans le traité de l'OHADA (Préambule) que dans les différents actes uniformes (art. 16 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage). Cependant,

leur efficacité serait compromise si les parties y recourent par simple fantaisie, c'est-à-dire sans volonté réelle de les respecter.

De ce point de vue, cette décision rappelle tout d'abord qu'avant de s'engager dans une procédure extrajudiciaire, il est nécessaire de bien s'informer. L'arrêt rappelle ensuite la force juridique attachée aux conventions légalement conclues et surtout la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles. D'ailleurs, ne dit-on pas qu'on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ?

2. L'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes morales de droit public ne signifie pas immunité de juridiction

Résumé. Le fait que les biens des personnes morales de droit public ne puissent faire l'objet d'une exécution forcée n'empêche pas le créancier d'agir en justice afin d'obtenir un titre exécutoire.

CCJA, 3^e ch., 08 avril 2021, n° 47/2021

L'arrêt sous commentaire montre bien la condescendance caractérisant ces personnes morales de droit public qui n'hésitent pas à brandir leur immunité d'exécution afin de ne pas exécuter les obligations dont elles sont tenues. En l'espèce, l'État tchadien n'ayant pas rempli sa part du contrat, l'établissement D A lui a servi une ordonnance d'injonction de payer. L'État a fait opposition à cette ordonnance, mais sans succès. Pour casser la décision du tribunal, la cour d'appel avait retenu qu'en matière de créance, *« les personnes publiques bénéficient d'une immunité d'exécution et en l'occurrence l'État tchadien, personne publique par excellence, ne saurait être soumis à la procédure d'injonction de payer »*.

C'est ainsi que l'établissement D A s'est pourvu en cassation. La CCJA devait alors répondre à la question de savoir si l'immunité d'exécution de la personne morale de droit public lui confère également une immunité de juridiction. La Cour répond par la négative en cassant l'arrêt d'appel. Elle précise en effet que *« l'article 30 de l'AUPSRVE pose seulement le principe de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre les personnes bénéficiant de cette immunité et ne confère nullement une immunité de juridiction »*.

Cet arrêt qui se situe dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour (**CCJA, 2^e ch., 3 janv. 2019, n° 032/2019**) est digne d'acclamation. D'une part, il rappelle aux personnes morales de droit public que l'immunité d'exécution dont elles bénéficient ne fait pas obstacle à la mise en jeu de leur responsabilité devant les juridictions compétentes. D'autre part, l'arrêt redonne espoir à ceux des créanciers qui, devant l'invocation de l'immunité d'exécution, seraient tentés de renoncer à leurs droits.

Ainsi, intenter une procédure judiciaire contre les entités est un moyen de pression pouvant aboutir à un paiement (v. P.-C. KAMGAING et D. K. FOSTO DJOMKAM, « Contourner l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public : petites recettes privatistes en droit camerounais », in *Horizons du droit*, n° 23, février 2021, pp. 117-137). En définitive, les créanciers devraient s'armer de courage et ne lésiner sur aucun moyen car, lorsqu'il s'agit de recouvrer son dû, rien n'est jamais fini tant que ce n'est pas fini !

3. Le (triste) sort des astreintes prononcées contre les personnes morales de droit public au Cameroun

Tout juge peut assortir son jugement d'une astreinte (C. KEUTCHA TCHAPNGA, *Les grandes décisions annotées de la juridiction administrative du Cameroun*, 1^{re} éd., Yaoundé, L'Harmattan-Cameroun, 2017, spéc. p. 317). Il s'agit d'une condamnation pécuniaire à finalité essentiellement comminatoire, destinée à faire pression sur le débiteur d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire (CA Basse-Terre, 15 novembre 2021, n° 17/007931). Plus simplement, la cour d'appel du Littoral la définit comme une « *condamnation pécuniaire prononcée par le juge et destinée à vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant et à amener à exécuter sur une décision de justice* » (Cour d'appel du Littoral, 18 août 2008, arrêt n° 149. V. aussi TGI du Mfoundi, 04 mars 2002, jugement n° 246). Sa particularité réside donc dans le fait « *qu'elle intervient avant une violation du droit et vise à éviter cette dernière (mesure préventive)* » (J. C. LANDROVE et J. J. GREUTER, « L'astreinte : une mesure injustement boudée par le projet de code de procédure civile ? », in *Revue de droit suisse*, vol. 1, n° 3, 2008, p. 271 et s.).

Fixée par jour, semaine ou mois de retard accusé par le débiteur de l'obligation, l'astreinte profite au créancier et le juge jouit d'une appréciation souveraine dans la détermination de son montant. Cependant, si les astreintes prononcées contre les personnes physiques ou les personnes morales de droit privé peuvent être recouvrées au moyen des voies d'exécution, tel n'est pas le cas des personnes morales de droit public bénéficiaires de l'immunité d'exécution (article 30 de l'AUPSRVE). Dès lors, la question du sort des astreintes prononcées contre ces dernières est inévitable, surtout si l'on se place du côté des créanciers.

À l'analyse, bien que le juge camerounais ait de plus en plus recours aux astreintes pour assurer l'exécution de ses décisions contre les personnes morales de droit public, force est de constater que ces condamnations demeurent dans la sphère de l'intimidation. En effet, le bénéfice de l'immunité d'exécution rend impossible le recouvrement des astreintes. D'où la nécessité de consacrer, comme ailleurs, le système des astreintes personnelles qui permet de sanctionner plus efficacement l'inertie des représentants de ces entités publiques.

- **L'impossibilité du recouvrement forcé des astreintes prononcées**

Bien qu'aucun texte camerounais ne consacre expressément le pouvoir du juge de prononcer une astreinte contre une personne morale de droit public, force est de constater que les juges y ont recours en pratique afin de garantir l'efficacité de leur décisions. C'est notamment le cas le cas du juge judiciaire (v. déjà P.-C. KAMGAING, « Le clair-obscur de l'identification du juge compétent en matière de liquidation d'astreinte en droit OHADA », in *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, n° 45, mai 2021, pp. 10-12 ; « Incompétence de la CCJA en matière de liquidation des astreintes prononcées par les juridictions nationales », note sous CCJA, 3^e ch., 27 août 2020, n° 287/2020, in *L'Essentiel. Droits africains des affaires*, Lextenso, n° 8, septembre 2021, p. 3.).

Dans l'affaire opposant M. Tagatsing à la Communauté Urbaine de Bafoussam, le tribunal a ordonné « *la levée immédiate (...) du scellé apposé sur les portes [de la] boutique et partant son ouverture forcée ce, sous astreinte de 25 000 francs par jour de retard à compter de la date de signification de la présente ordonnance* » (Président du TPI Bafoussam, ord. n° 119/REF/H-H/2016 du 19 septembre 2016 ; ord. n° 16/ORD du 08 mai 2014). Le juge judiciaire a adopté la même attitude dans plusieurs autres espèces (Président du TPI de Douala, ord. n° 791/ORD du 10 avril 2002 ; président du TPI de Dschang, ord. n° 19 /ORD du 16 septembre 2008. V. aussi J. BIPELE KEMFOUEDIO, « L'administration

camerounaise dépouillée de ses prérogatives de puissance publique devant le juge judiciaire. Regard sur la jurisprudence en matière de voie de fait administrative », in *Annales de droit*, n° 12, 2018, pp. 31-59).

Partant de là, on peut estimer que le juge administratif camerounais, juge par excellence des personnes morales de droit public, dispose des mêmes pouvoirs que son homologue lorsqu'il s'agit de vaincre leurs manœuvres dilatoires. Quoiqu'il en soit, il sied de relever qu'au Gabon, c'est le juge administratif qui a pris l'initiative d'interpeller le législateur (Cour suprême, chambre administrative, Avis, 07 avril 1987, rép. n° 11, *Djiara c. État gabonais*) sur la nécessité d'une reconnaissance légale de son pouvoir de prononcer les astreintes contre les personnes morales de droit public (article 27 de la loi organique n° 5/2 du 27 novembre 2002 fixant l'organisation, la composition, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'État ; V. aussi O. FANDJIP, *Les juridictions administratives et le temps : cas du Cameroun et du Gabon*, mémoire de DEA, Université de Dschang, 2009, 150 pp. ; S. KWAHOU, *Le contentieux administratif gabonais en 13 leçons*, éditions publibook Université, 2016, p. 188 et s.).

Cependant, ces astreintes prononcées ne peuvent être recouvrées par une mesure d'exécution forcée, car l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public s'y oppose. La logique est que, tout comme on ne peut pas soumettre ces personnes aux mesures d'exécution forcée pour une obligation principale (cas d'une condamnation au paiement des dommages-intérêts), *a fortiori* ne peut-on pas les soumettre à une mesure d'exécution forcée pour une obligation accessoire (cas d'une condamnation au paiement d'une astreinte). Cet état de chose est de nature à compromettre les intérêts des créanciers et à paralyser l'exécution des décisions de justice. Plus globalement, elle donne le sentiment que tout procès intenté contre une personne morale de droit public est perdu d'avance. D'ailleurs, dans son allocution à l'occasion de la rentrée judiciaire 2021, le premier président de la Cour suprême du Cameroun stigmatisait la non-exécution des décisions de justice, y compris par l'Administration. Pour infléchir cette mauvaise tendance, il serait judicieux, compte tenu de la place qu'occupent les personnes physiques (appelés agents publics) dans le fonctionnement des personnes morales de droit public, de consacrer les astreintes personnelles.

- **La nécessité de la consécration des astreintes personnelles**

Certes le droit pénal camerounais permet théoriquement et dans une certaine mesure de contraindre les agents publics à ordonnancer le paiement des

condamnations prononcées contre les personnes morales de droit public qu'ils représentent (V. déjà P.-C. KAMGAING et D. K. FOTSO DJOMKAM, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public : voies de contournement en droit pénal camerounais », in *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, n° 36, octobre 2020, pp. 11-12). Cependant, en pratique et à notre connaissance, il n'y a jamais eu de condamnation pénale d'un agent public pour refus d'exécuter ou pour exécution tardive d'une décision de justice passée en force de chose jugée.

C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur béninois a opté pour une mesure autrement plus efficace. En effet, il a instauré le système des astreintes personnelles à l'article 23 loi n° 2004-20 du 17 août 2007 portant règles de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême. Cet article dispose qu'en cas « *d'inexécution d'une décision rendue par la cour suprême, la chambre dont la décision est en cause peut même d'office prononcer une astreinte contre les personnes physiques ou morales de droit privé chargées de la gestion du service public, les personnes physiques qui représentent l'Administration et qui, de façon manifeste, bloquent ou retardent l'exécution d'une décision (...)* ». Plusieurs hypothèses justifiant le prononcé des astreintes personnelles sont envisagées (v. notamment les articles 130 et 161).

Comme on peut le constater, avec un tel système, ce n'est pas la personne morale de droit public bénéficiaire de l'immunité d'exécution qui est directement visée. Ce sont bel et bien ceux qui la font vivre au quotidien. En effet, l'inexécution ou le retard de l'exécution d'une décision de justice ne peut pas être concrètement imputée à la personne morale, prise dans sa globalité. Le plus souvent, elle est le fruit d'une mauvaise organisation structurelle et d'une opacité du circuit administratif d'ordonnement des paiements. À tout cela, il convient d'ajouter le phénomène galopant de la corruption administrative (P. TITI MWEL (dir.), *De la corruption au Cameroun*, Friedrich-Ebert-Stiftung Cameroun, 1999, 260 pp.) En outre, on peut relever la prudence du législateur béninois, puisque l'astreinte personnelle n'est pas fixée *a priori*, c'est-à-dire à titre préventif. Elle est prononcée *a posteriori*, c'est-à-dire à titre curatif, afin de sanctionner la léthargie des agents publics. Cela exige notamment que la défaillance de ces derniers soit établie. Par ailleurs, l'astreinte peut être prononcée d'office par le juge.

Adopté en contexte camerounais, le système d'astreinte personnelle permettrait de venir à bout de la réticence, voire de la résistance des agents publics. Mais pour que cette mesure soit pleinement efficace, elle doit être accompagnée d'un

délai dans lequel les représentants de la personne morale de droit public doivent ordonnancer le paiement de la dette de la personne morale (ce délai est de deux mois en France, article L. 911-9 du code de justice administrative). Un tel délai servirait d'étalon d'appréciation du comportement des représentants de la personne morale de droit public. Quoi qu'il en soit, ces astreintes personnelles pourront être liquidées par le juge et faire l'objet d'une exécution forcée. Mais encore faudra-t-il que le juge liquidateur d'astreinte soit clairement identifié ! (V. déjà, P.-C. KAMGAING, « De la nécessité de dissiper le brouillard autour de l'identification du juge compétent en matière de liquidation en droit OHADA », in *Revue du droit des affaires en Afrique*, à paraître).



AFDD