

Horizons du droit

N°24

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Professeur Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droit.

Comité
scientifique

Hugo Barbier

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

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey

Inspecteur Général de la Banque de France.

Responsable
graphique

Clara Rua

Designer digital en charge de l'illustration de couverture et mise en page de l'édition.

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° 24 – mars 2021

Page 5 Editorial : Droit devant, toutes générations !

Jacques MESTRE et Sabrina DUPOUY

Page 7 Anniversaire de thèse : dix ans après !

Edmond SCHLUMBERGER

Page 13 Quelques aspects de l'évolution de la notion de force majeure en droit des contrats

Cédric CHAPELLE

Page 38 Le territoire dans les Constitutions africaines

Joël Louis ATANGANA

Page 65 La délégation spéciale dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique Noire Francophone

Jean Mermoz BIKORO

Page 110 Les fondements du droit du citoyen à la bonne gouvernance dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM

Page 139 L'interdiction coutumière de naître et de mourir sur l'île de Mijyajima au Japon

Laure MERLAND

Page 145 Les membres de l'AFDD publient :

Isabelle de KERVILER, Dessine-moi la compta
Eloïse HADDAD MIMOUN, Les notions de contrat
d'assurance

Page 154 L'interview du mois :

Romain FAGGIAN

Page 160 L'AFDD organise des webinaires :

L'immeuble au cœur du Droit (9 mars 2021)

Avec la participation de David RICHARD, Sandie
LACROIX-DE SOUSA, Hugo BARBIER et Vincent DE
BONNAFOS

DROIT DEVANT, TOUTES GENERATIONS !

Le mois de mars est celui du printemps et, avec lui, un moment privilégié pour formuler des souhaits et voir les horizons qui se profilent avec plus de confiance et de sérénité ! Alors ne boudons pas cette douce invitation de la Nature et portons donc nos regards sur les joies de... *l'Intergénérationnel* !

Oui, quel bonheur de pouvoir, comme nous le faisons très régulièrement au sein de l'AFDD, réunir toutes les générations pour en retirer au final le meilleur ! Quel plaisir de pouvoir, pour les plus âgés d'entre nous, partager nos expériences, nos connaissances, nos relations, et pour les plus jeunes, mettre au service de tous l'enthousiasme, le dynamisme, la soif d'apprendre, qui font seuls progresser et conduisent à regarder résolument *Droit devant*, vers l'Avenir qui nous rejoint...

A cet égard, le Doctorat présente sans doute des vertus particulières, en unissant toutes les générations dans un même cheminement, à travers l'initiation singulière qu'il porte en lui et, en outre, celui qui est accompli dans le domaine juridique offre cet attrait supplémentaire d'immerger le jeune doctorant dans les incertitudes, les contradictions mais aussi, évidemment, les espérances d'une Société dont il se veut tout autant spectateur qu'acteur.

Alors, oui, poursuivons tous ensemble, au sein de notre Association, ce chemin intergénérationnel car, à l'évidence, notre société a ici vraiment besoin d'unité et de

partage, et la période si délicate que nous vivons tous actuellement ne fait que conforter ce sentiment.

Pourquoi d'ailleurs, dans le cadre de l'AFDD, ne pas essayer de faire très concrètement avancer les choses et de devenir, sans aucune prétention, une sorte de *think-thank* de l'intergénérationnel ? Une clause de nos statuts nous y invite d'ailleurs, en imposant fort opportunément que quatre au moins de nos administrateurs aient moins de 40 ans... Et d'autres dispositions ou institutions militent pareillement déjà dans cette voie des interactions entre générations, depuis les donations transgénérationnelles, introduites dans le Code civil en 2006, jusqu'aux fondations ou autres fonds de pérennité, en plein essor, en passant par des fiscalités spécifiques aux libéralités faites aux descendants. Pourquoi donc ne pas réfléchir, tous ensemble, à d'autres avancées, qui seraient liées à des co-associations, à des innovations partagées, ou encore à des tutorats de soutien ? Pour tout cela, reconnaissons que l'AFDD pourrait être une bien jolie boîte à idées, aux couleurs très printanières ! Alors, amis lecteurs, n'hésitez surtout pas à nous faire part de toutes vos idées...

Jacques MESTRE

Sabrina DUPOUY

Anniversaire de thèse

Dix ans après !

Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux

Edmond SCHLUMBERGER – Professeur – Droit privé et sciences criminelles –
Université Paris 8

A dire vrai, jusqu'à la lecture du mail par lequel Sandie Lacroix-de Sousa m'invitait généreusement à célébrer cet anniversaire particulier, je n'avais nullement réalisé qu'une décennie - déjà - s'était écoulée depuis la date fatidique de LA soutenance de thèse...Le temps fait, ici comme ailleurs, son œuvre, en effaçant les années d'une manière presque imperceptible, à mesure que de nouvelles échéances se succèdent, sur le plan professionnel comme personnel. Pour autant, l'expérience de la thèse est à divers égards si marquante qu'elle n'est guère vouée à demeurer dans l'oubli pour celui qui s'y livre. Pour le dire autrement, si la soutenance de thèse n'est qu'une étape de son parcours de vie, elle n'en marque pas moins une trace indélébile dans celui-ci. Sa survenance même (II) intervient au terme d'années de labeur souvent douloureuses (I), et précède une carrière nécessairement réjouissante...surtout parce qu'elle n'imposera plus la rédaction d'une nouvelle thèse (III) !

I. Avant la soutenance

Avant de soutenir sa thèse, il faut l'écrire, ainsi que l'aurait sans doute assuré La Palisse...Pour certains, cette période constitue une formidable et stimulante plage de liberté, dont ils gardent un souvenir éternellement ému et peinent parfois à se détacher, ce que je comprends aisément. Pour d'autres, et j'en fais assurément partie, elle demeure une épreuve herculéenne sur tous les plans, du triomphe de laquelle on ressort empli d'une joie inouïe, en étant conscient du nombre d'obstacles qui durent être surmontés.

La difficulté principale fut pour moi la compréhension concrète de la dimension d'une thèse, qui n'a rien à voir le prolongement ou même l'amplification d'un mémoire de 3^e cycle, étant au demeurant précisé que mon sujet de mémoire n'avait rien à voir avec celui de ma thèse. Au surplus, ayant le privilège de bénéficier d'un financement pour sa réalisation (sous forme d'une allocation de recherche et d'un

monitorat, puis d'un poste d'ATER), avec pour seule contrepartie la dispense de quelques travaux dirigés, l'urgence n'apparaissait de prime abord pas de mise. Au fond, les seules échéances tenaient à la réalisation de mes travaux dirigés, l'avancement de la thèse passant presque au second plan. Non que je ne me plongeais pas dans la lecture des sources de références pour ce faire, mais je le faisais sans être habité par ce sentiment d'urgence qui doit, en réalité, animer le doctorant pratiquement dès le jour où il effectue son inscription en thèse. L'absence de piqûres régulières de rappel fut incontestablement délicate à gérer, et je continue d'éprouver une grande admiration pour ceux qui s'y astreignent d'eux-mêmes. Si j'avais un seul conseil à donner aux jeunes thésards, ce serait véritablement celui-ci : chaque jour compte, ne laissez surtout pas filer le temps, et fixez-vous impérativement des objectifs réguliers en vous efforçant de les tenir...en étant conscients qu'ils ne le seront pas toujours.

L'autre difficulté majeure résida dans ce que je voulais montrer "globalement" dans le cadre de ma thèse, autrement dit l'identification de l'idée directrice qui structurerait le propos dans son ensemble. J'aimais mon sujet, et je ne restais jamais - ou au moins rarement - "sec" sur l'une ou l'autre de ses dimensions. En revanche, je peinais véritablement à constituer le puzzle dans son ensemble, sans doute parce que j'avais choisi mon sujet en lien avec le séminaire de M2 dispensé par mon directeur de thèse qui m'avait à la fois passionné et impressionné, mais sans que je n'en eusse d'emblée une vision personnelle. Le résultat intermédiaire fut la production d'un premier jet de thèse, peu ou prou au terme de ma période de financement : au soulagement initial ("j'ai déjà réussi à écrire autant de pages sur ce sujet !") succéda vite l'angoisse plus prégnante ("mais je ne sais toujours pas ce que je souhaite démontrer dans l'ensemble...") et la prise de conscience douloureuse de la nécessité de remettre dans son intégralité l'ouvrage sur le métier. Aussi difficile fût-elle sur le moment - et le soutien familial et amical fut alors inestimable - cette prise de conscience fut néanmoins salvatrice, en ce qu'elle me permit de voir progressivement apparaître - enfin - la tournure que j'entendais donner à mon travail. Et plus le temps passait, plus la ligne d'arrivée commençait à s'approcher, et

plus l'enthousiasme et la certitude de toucher au but se faisaient plus évidents. Le "rush" final ne fut certes pas dépourvu de moments d'angoisse ("vais-je tenir les délais?"), mais lorsque mon jury de thèse fut constitué et la date de la soutenance fixée, il ne faisait plus de doute que cette si longue épreuve s'achevait enfin.

Si le souvenir de la préparation de la thèse est donc à certains égards douloureux, les 18 mois qui l'ont close restent fort précieux dans mon esprit, tant ils m'ont permis, chaque jour passé, à améliorer mon travail. S'il est vain de partir en quête de la thèse parfaite et indispensable de savoir y mettre un point final, il me semble périlleux de se précipiter pour ce faire, tant les derniers mois et jours précédant la soutenance contribuent à la bonifier.

II. La soutenance

Pour être franc, je garde un souvenir plus précis du jour de l'impression de mon travail et de sa transmission aux membres de mon jury que de la soutenance elle-même...! Car, de mon point de vue, c'est vraiment cette impression finale qui marque le passage à l'ère "post-thèse", ère que j'attendais avec une telle hâte que je n'oublierai jamais l'événement qui le concrétisait enfin (après une ultime nuit blanche passée à corriger les dernières scories), et surtout le week-end qui s'ensuivit, l'esprit libéré, débarrassé de toute contingence attachée au travail de thèse lui-même.

Le jour de la soutenance, pour sa part, est passé si rapidement que je peine à le reconstituer précisément, d'une collation prise avec ma famille proche jusqu'à l'attente de la délibération finale, le pot de thèse rue Saint-Jacques dans une galerie d'art malheureusement close aujourd'hui et un match de foot regardé avec les ultimes survivants du jour dans un pub proche du Panthéon...!

S'agissant de la soutenance proprement dite, la concentration requise est certes importante (et l'on en ressort, de fait, particulièrement épuisé), mais le sentiment paradoxal qui m'animait jusqu'à son démarrage était que les dés étaient d'ores et déjà jetés, pour le pire et - je l'espérais évidemment - le meilleur. Par conséquent,

je n'éprouvais pas d'appréhension particulière à me soumettre¹ au feu roulant des impressions et questions livrées par les membres du jury, qui furent parfois redoutables, mais toujours bienveillantes. Pour moi, ce jour-là, l'essentiel était, au fond, ailleurs : avoir tous mes proches réunis, derrière moi, dans une belle salle du Centre Panthéon, pour mettre un point final à une épreuve hors du commun, dans un moment d'une solennité inégalable.

III. Après la soutenance

Je ne suis pas de ceux qui perçoivent la soutenance comme un commencement davantage qu'un achèvement. Pour moi, il était surtout évident que rien ne serait plus comme avant, et que jamais une telle épreuve ne se représenterait à nouveau à moi, ce qui suffisait à mon bonheur. Aucun syndrome "post-thesum" ne m'a donc atteint.

Pour le reste, si les années de thèse et de travaux dirigés m'avaient convaincu d'embrasser la carrière d'enseignant-chercheur à l'université, j'avais aussi assez tôt compris qu'une telle voie était sujette à de nombreux aléas, et que de multiples raisons pourraient donc me conduire vers une autre. En somme, j'ai toujours envisagé les étapes suivantes comme autant de "bonus" possibles, mais non garantis, l'essentiel étant que je puisse raisonnablement tenter ma chance pour chacun d'entre eux, ce que seule la soutenance de thèse peut en amont permettre. Le fait d'avoir eu la possibilité d'achever ma thèse en exerçant un poste de chargé d'études à la mission consultative de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, particulièrement intéressant et épanouissant, me soulageait aussi de toute pression inhérente à "l'après-thèse".

J'eus ensuite la triple chance d'être immédiatement qualifié aux fonctions de Maître de conférences par le CNU, d'obtenir cette qualification une année où les postes étaient relativement nombreux, spécialement en droit des affaires (soit ma spécialité), et de bénéficier de l'immense privilège d'être recruté à ce titre à l'Université Paris I - Panthéon Sorbonne. Cette expérience de trois ans me permit

de découvrir les différentes facettes du métier, en ce inclus¹ certaines missions administratives particulièrement stimulantes telles que la participation aux relations internationales de l'Université ou à la direction de l'UFR afférente à la Licence de droit. Vint enfin le concours d'agrégation, et la chance de figurer parmi les heureux élus lors ma seconde tentative, en 2015, ouvrant la voie à de nouvelles aventures, tout aussi épanouissantes, à l'Université Paris 8 - Vincennes Saint-Denis en qualité de Professeur...mais cela est déjà une autre histoire !

Quelques aspects de l'évolution de la notion de force majeure en droit des contrats

Cédric CHAPELLE - Docteur en droit privé qualifié aux fonctions de maître de conférences - Juriste en droit immobilier - Chargé d'enseignement à l'Université Côte d'Azur

Propos préliminaires. L'article 1103 du code civil est formulé avec une certaine solennité et de la fermeté : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Cette règle, expression du principe de force obligatoire des contrats et de l'adage *pacta sunt servanda*¹, signifie qu'une fois signé, le contrat devient contraignant pour les parties, ce qui implique qu'elles honorent les obligations qu'il contient. L'absence de respect par un contractant de ses engagements s'analyse dès lors en une inexécution susceptible d'entraîner la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle. L'article 1217 du code civil, qui prévoit un arsenal de sanctions applicables en cas de non-respect des obligations contractuelles, précise en effet que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut [...] demander réparation des conséquences de l'inexécution* ». Cette sanction est reprise et détaillée à l'article 1231-1 du code civil, lequel énonce que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution [...]* ». Cette même disposition offre cependant une « échappatoire » au contractant à l'origine de l'inexécution, lui permettant de s'exonérer de sa responsabilité contractuelle dans l'hypothèse où il arriverait à démontrer que « *l'exécution a été empêchée par la force majeure* ». La force majeure représente la « *cause d'exonération par excellence* »² qui permet au débiteur d'échapper à une condamnation à des dommages et intérêts. Mais se cantonner à cette seule issue de la force majeure serait sous-estimer ses pouvoirs en matière contractuelle. En effet, elle peut également avoir pour conséquence de

¹ « Les conventions doivent être respectées » ; Johannes Barmann, « Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 13, n° 1, 1961, pp. 18-53.

² François-Xavier Testu, *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010, chap. 114 – Événements exonérateurs, n° 114.02, Force majeure

libérer totalement le débiteur de ses obligations, ou, dans une moindre mesure, les suspendre.

Force majeure et cas fortuit. Avant l'importante réforme du droit des contrats³ opérée par une ordonnance du 1^{er} février 2016⁴, la notion de force majeure découlait des anciens articles 1147 et 1148 du code civil. Le premier texte indiquait que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* » et le second énonçait qu' « *il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ». La force majeure est donc une notion ancienne de plus de deux siècles, née au moment de la promulgation du code civil. Elle coexistait toutefois avec la notion de « cas fortuit » : il existait ainsi, avant la réforme de 2016, deux causes exonératoires de responsabilité contractuelle. Mais comment différencier, à cette époque, les deux notions ? En réalité cela n'était pas aisé. Une partie de la doctrine considérait que le cas fortuit correspondait à un événement interne au débiteur, c'est-à-dire inhérent à sa personne ou à son activité (une maladie ou le vice d'une machine), tandis que la force majeure s'analysait en une cause d'exonération externe, étrangère au débiteur (tel un tremblement de terre ou la survenance d'une tempête)⁵. Dans ses travaux consacrés à l'obligation de résultat de l'Administration, Yoan Volpellière a relevé que « *pour certains auteurs, l'impossibilité relative pour le débiteur d'exécuter*

³ Pour une étude d'ensemble, v. Mathias Latina (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017.

⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵ Edouard Bourgoïn, *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, droit, Lyon, 1902 ; Maurice Hauriou, « *La distinction de la force majeure et du cas fortuit* », note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, *Ambrosini*, S. n° 1912. 3. 161.

son obligation relèverait du cas fortuit contrairement à une impossibilité absolue qui serait constitutive d'un cas de force majeure »⁶, ce qui permettait de rapprocher la distinction entre force majeure et cas fortuit de celle opérée entre obligation de résultat et de moyens. Enfin, pour d'autres, la force majeure et le cas fortuit se distinguaient en raison de leurs caractères, la force majeure étant dominée par l'irrésistibilité alors que le cas fortuit se caractérisait par l'imprévisibilité⁷. Force était tout de même de constater que malgré leurs différences, les deux notions étaient très similaires et se confondaient. La confusion était telle que la Cour de cassation mobilisait les deux notions, sans les distinguer, pour apprécier s'il existait une cause d'exonération de responsabilité contractuelle pour le débiteur⁸. Cette gémellité constitue une des raisons ayant inévitablement conduit le législateur, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, à abandonner la notion de « cas fortuit » dans les règles relatives à l'inexécution contractuelle, pour ne laisser subsister que le mécanisme de la « force majeure ». L'article 1231-1 du code civil prévoit désormais que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

Définition de la force majeure. La réforme du droit des contrats ainsi que la « disparition »⁹ de la notion de cas fortuit ont engendré une unification et une clarification de la définition de la force majeure. Cette définition est aujourd'hui contenue à l'article 1218 du code civil qui énonce qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les

⁶ Yoan Volpellière, L'obligation de résultat de l'Administration, thèse, droit, Montpellier, 2015, p. 266.

⁷ Jacques Moury, « Force majeure : éloge de la sobriété », RTD civ., 2004, p. 471.

⁸ Pour exemple : Cass. civ 1^{ère}, 29 oct. 1985, n° 83-17.091.

⁹ D'autres dispositions légales continuent d'employer ce terme. En témoigne l'article 1733 du code civil qui, en matière de baux des maisons et des biens ruraux, précise que le locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que « l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure », ou par vice de construction ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur » : la force majeure se caractérise ainsi par un évènement qui échappe au contrôle du débiteur, qui ne pouvait pas être prévu au moment de l'échange des consentements et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées. L'évènement, répondant à ces exigences, doit en tout état de cause empêcher l'exécution par le débiteur de son obligation. Il doit donc entraîner une impossibilité d'exécution. Il convient par ailleurs de mentionner l'alinéa 2 de l'article 1218 qui a le mérite d'énoncer les conséquences en présence d'une situation relevant de la force majeure : « *si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat* » alors que « *si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations* ». La force majeure en matière contractuelle possède donc une définition qui lui est propre, permettant notamment de la distinguer de la force majeure en matière délictuelle. Cette définition apportée par la réforme laisse toutefois certains auteurs mitigés, notamment Hélène Boucard qui considère que « *L'article 1218, alinéa 1er, remédie à l'absence de définition de la force majeure par le Code ; il tend à clore les controverses doctrinales et à dissiper les incertitudes jurisprudentielles. Néanmoins, cet objectif ne sera pas atteint (peut-il l'être ?) car le texte, de médiocre facture, amalgame les articles 1349 du projet Catala et 100 du projet Terré, pourtant diamétralement opposés. On aurait préféré que l'article 1218 s'en tienne à la définition, savante mais plus éclairante, du projet Terré* »¹⁰.

Annonce et plan. Le maintien du principe de force majeure au détriment de celui de cas fortuit n'est qu'un élément parmi d'autres qui témoigne de l'évolution de la notion de force majeure en matière contractuelle. Cette évolution constante ainsi que la volonté de précision de la notion s'expliquent naturellement par la fonction de la

¹⁰ Hélène Boucard, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, RDC, n° 03, p. 779.

force majeure : en ce qu'elle influe sur la responsabilité et les obligations d'une des parties au contrat, il est essentiel que son régime soit le plus précis et encadré possible. La présente contribution a pour ambition de s'inscrire dans cet élan, en revenant sur quelques aspects de l'évolution de la force majeure. Il a d'abord été jugé opportun de retracer l'évolution des critères de la force majeure (I). La confirmation récente par la Cour de cassation de ce que le mécanisme de la force majeure ne bénéficie pas au créancier conduit, ensuite, à se demander si cette solution est justifiée (II). Enfin, il ne fait aucun doute que la crise sanitaire actuelle liée à la propagation de coronavirus possède une incidence sur la mobilisation de la force majeure (III).

I. L'évolution des critères de la force majeure

Triptyque traditionnel. Avant que la réforme de 2016 n'entre en vigueur, le code civil ne prévoyait pas de définition de la force majeure en matière contractuelle, alors qu'il la mentionnait dans plusieurs de ses dispositions comme une cause exonératoire de responsabilité. Cette carence entraînait nécessairement une difficulté d'application de la notion que la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de résoudre. En conséquence, la force majeure se définissait par les critères que la jurisprudence, au gré des propositions doctrinales, lui attribuait. Aux termes d'un communiqué publié en 2006 sur son site internet, 10 ans avant la réforme, la Cour de cassation avait rappelé qu'en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle « *les critères classiques de la force majeure [étaient] au nombre de trois : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité* »¹¹. Les juges exigeaient donc la réunion de ces trois critères pour retenir un cas de force majeure¹². Il est

¹¹ Site internet de la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/communiqu_8721.html

¹² Cass. civ. 1ère, 22 nov. 1994, n° 92-21.116 ; Cass., civ. 3ème, 18 mars 1998, n° 96-10769.

nécessaire de détailler chacun d'entre eux pour, par la suite, envisager leur évolution.

Critère d'extériorité. L'extériorité est interdépendante de la notion de force majeure, elle ne peut se concevoir qu'en une composante naturelle de celle-ci. Elle implique que la cause de l'inexécution ne relève pas de l'action du débiteur. Autrement dit, l'inexécution doit provenir d'une cause étrangère (l'on peut se permettre d'établir un lien avec l'ancien article 1147 du code civil qui évoque la notion de « cause étrangère »), indépendamment de la volonté du débiteur. Ont ainsi pu être qualifiés d'évènements extérieurs relevant de la force majeure l'incendie qui s'est déclaré dans une société ayant totalement détruit les locaux et les machines utilisées pour ses besoins¹³, la maladie du débiteur dès lors qu'elle est suffisamment grave¹⁴, une forte tempête ayant causé des dommages matériels à des bateaux¹⁵ ou un incident informatique ayant empêché une société de payer son créancier par virement bancaire dans des délais fixés par une décision de justice¹⁶.

Critère d'imprévisibilité. L'imprévisibilité suppose de démontrer qu'au moment de la conclusion du contrat, le débiteur ne pouvait pas prévoir que l'évènement entraînant l'inexécution aurait pu un jour survenir. Ceci justifie que l'imprévisibilité ne peut être appréciée qu'à la date de « *l'échange des consentements* »¹⁷. Cette condition est nécessairement subjective et impose au juge de procéder à une analyse attentive et circonstancielle de la situation. La jurisprudence a ainsi considéré que ne constituent pas des évènements imprévisibles le vol à main armée de monnaie métallique dans la mesure où le transporteur ferroviaire connaissait la nature de la

¹³ Cass. soc., 20 oct. 1983, n° 80-42.056 : La Cour de cassation a en effet considéré que cela « constituait un cas de force majeure entraînant la cessation durable de l'entreprise, de telle sorte que l'employeur n'était pas tenu de verser les indemnités de rupture ni de réembaucher le salarié ».

¹⁴ Cass. Civ., 20 déc. 1926, Gaz. Pal. 19271. 457.

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 1994, n° 92-21.116.

¹⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 17 févr. 2010, n° 08-20.943.

¹⁷ Cass. com., 3 oct. 1989, n° 87-18.479 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1997, n° 94-22.203

marchandise et s'était engagé « à prendre les précautions nécessaires pour assurer la sécurité du convoi »¹⁸ ou des fortes précipitations fluviales survenant dans une zone tropicale habituée à ce genre de phénomènes météorologiques¹⁹. A l'inverse, constitue un évènement imprévisible la survenance d'un « véritable cyclone » dans plusieurs communes de France métropolitaine²⁰, c'est-à-dire dans des lieux où personne ne s'attendait à ce qu'il survienne habituellement.

Critère d'irrésistibilité. Il y a irrésistibilité lorsque l'évènement à l'origine de l'inexécution contractuelle était insurmontable ou inévitable pour le débiteur²¹. Ce dernier ne doit en effet avoir aucun contrôle sur la survenance de l'évènement, de sorte qu'il ne peut empêcher sa réalisation. Le caractère insurmontable de l'évènement doit par conséquent entraîner une impossibilité d'exécution de ses obligations par le débiteur²². C'est la raison pour laquelle l'irrésistibilité ne peut s'apprécier qu'au moment de l'exécution du contrat. Ce critère est si essentiel que la Cour de cassation a parfois pu considérer qu'en matière contractuelle il était le seul constitutif de la force majeure²³. Dans un célèbre arrêt d'Assemblée Plénière, la Haute Juridiction a jugé que la maladie était un évènement irrésistible exonérant un contractant de sa responsabilité dès lors que cette maladie avait conduit à la dégradation de son état de santé puis à son décès²⁴. En revanche, il est considéré que l'irrésistibilité ne saurait être retenue dans le cas où le débiteur garde une certaine maîtrise sur l'évènement, c'est-à-dire possède les moyens pour l'éviter. Dès lors, il a été jugé que dans la mesure où l'agression du passager d'un train pouvait être évitée grâce à tous les moyens de contrôle et de sécurité qu'elle avait en sa

¹⁸ Cass. com., 3 oct. 1989, n° 87-18.479, préc.

¹⁹ Cass. civ. 3ème, 27 févr. 2008, n° 06-19.348.

²⁰ Cass. civ. 3ème, 29 juin 1988, n° 86-13.926.

²¹ En ce sens, v. obs. de Patrice Jourdain sous Cass. civ. 1ère, 6 nov. 2002 : RTD civ., 2003, p. 301.

²² David Noguéro, « La maladie du débiteur cas de force majeure », D., 2006, p. 1566.

²³ Cass. civ. 1ère, 6 nov. 2002, n° 99-21.203 ; Cass. com., 1er oct. 1997, n° 95-12.435.

²⁴ Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168.

possession, la SCNF²⁵ ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité en invoquant un cas de force majeure²⁵.

Fluctuation jurisprudentielle sur les critères constitutifs de la force majeure. Il est traditionnellement enseigné que pour faire valoir un cas de force majeure, le débiteur devait rapporter la preuve²⁶ de l'extériorité, de l'irrésistibilité, et de l'imprévisibilité de l'évènement ayant conduit à l'inexécution contractuelle. Une analyse attentive des décisions de la Cour de cassation laisse toutefois apparaître une réalité différente. L'on constate en effet une fluctuation - sinon une hésitation - jurisprudentielle sur le nombre de critères exigés par les juges pour retenir une situation de force majeure. En effet, en fonction des chambres de la Haute Juridiction et de l'époque, le triptyque des critères classiquement reconnu est amputé pour ne laisser place qu'à un critère unique ou seulement deux d'entre eux. La chambre commerciale a pu considérer que « *l'irrésistibilité de l'évènement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de l'évènement* »²⁷, de même que la première chambre civile qui, fermement, a jugé que « *la seule irrésistibilité de l'évènement caractérise la force majeure* »²⁸. Un tel raisonnement paraît imprudent car il conduit nécessairement à admettre aisément des situations de force majeure, ce qui nuit à la sécurité juridique offerte par les contrats. Ne retenir qu'un seul critère pour qualifier une situation comme relevant de la force majeure permettrait à un nombre important de débiteurs indéclicats d'échapper facilement à leur responsabilité, ce qui reviendrait en définitive à légitimer certaines inexécutions contractuelles.

²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, 98-20.635.

²⁶ À ce sujet, la Cour de cassation estime à juste titre que la charge de la preuve des éléments constitutifs de la force incombe au débiteur, et pas au créancier : Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-21.547.

²⁷ Cass. com., 1^{er} oct. 1997, n° 95-12.435, préc.

²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 99-21.203, préc.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation en Assemblée Plénière le 14 avril 2006, du fait de son importance et de sa diffusion, a davantage participé à cette fluctuation en indiquant dans son attendu « *qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure* »²⁹. La Cour de cassation rejette ainsi le critère de l'extériorité pour ne maintenir que l'irrésistibilité et l'imprévisibilité. Dans une des nombreuses observations apportées à cet arrêt, Patrice Jourdain relève qu'il ne s'agit pas pour autant d'un arrêt de principe³⁰. De la sorte, le rejet de l'extériorité s'explique simplement par rapport aux circonstances de l'espèce : la Cour de cassation devait se prononcer sur le fait de savoir si la maladie du débiteur pouvait être constitutive d'un cas de force majeure. Elle a considéré que la maladie du débiteur était un événement d'origine interne, ce qui naturellement l'aurait conduite à ne pas appliquer le critère d'extériorité. Ce raisonnement semble simpliste et ne reflète pas vraiment la signification de l'extériorité, à savoir un événement qui ne doit pas avoir été provoqué par le débiteur. La maladie entre dans la majorité des cas dans cette définition : elle est certes subie de manière interne mais sa cause est extérieure au débiteur. Cette décision a été source de déception pour une partie de la doctrine qui voyait en l'intervention de l'Assemblée Plénière l'occasion pour elle d'apporter une définition claire à la notion de force majeure³¹. Si certaines décisions

²⁹ Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, préc.

³⁰ Patrice Jourdain, « Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire », D., 2006, p. 1577 : « Ces arrêts, de facture très classique, ne font pas figure d'arrêts de principe » ; d'autant plus que dans le communiqué relatif à cet arrêt et publié par la Cour de cassation, cette dernière affirme l'existence des 3 critères de la force majeure.

³¹ Patrice Jourdain, « Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire », préc. ; Soraya Amrani-Mekki et Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Droit des contrats (octobre 2005/septembre 2006) », D., 2006, p. 2638 ; Hélène Boucard, « Article 1218 : la force majeure

postérieures ont pris le parti de ne retenir que les critères¹ d'imprévisibilité et d'irrésistibilité pour caractériser la force majeure³², il a été noté dans certains cas une reprise de la trilogie traditionnelle de caractères³³. Cette fluctuation jurisprudentielle met en exergue le particularisme de la force majeure en matière contractuelle³⁴.

Propositions de critères. L'incertitude jurisprudentielle quant à la détermination des critères de la force majeure s'est accompagné des propositions de plusieurs auteurs qui ont proposé leur propre trilogie de critères constitutifs de la force majeure. Parmi les plus connues, celle de Paul-Henri Antonmattei qui invite à substituer le triptyque classique par une trilogie plus adaptée et moderne : inévitabilité, irrésistibilité et impossibilité³⁵. Chacun de ces critères serait alors apprécié selon une chronologie spécifique, à savoir avant, pendant et après l'événement. Ainsi, l'évènement devra être inévitable avant sa réalisation, irrésistible pendant sa survenance pour conduire, après son passage, à une impossibilité d'exécution de ses obligations par le débiteur.

contractuelle », préc. ; Geneviève Viney, « La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ? », obs. sous Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, RDC, n° 4, p. 1207.

³² Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134 : « seul un événement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure » ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n° 08-21.645 : « tenu d'une obligation de résultat quant aux services offerts, le fournisseur d'accès ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité à l'égard de son client en raison d'une défaillance technique, hormis le cas de force majeure, c'est-à-dire d'un événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible au moment de son exécution ».

³³ Cass. civ. 3^{ème}, 15 oct. 2013, n° 12-23.126 : à l'occasion de la mise en œuvre de la responsabilité de preneurs à bail, la Cour de cassation a jugé que « la cour d'appel [...] a pu en déduire que l'incendie avait été pour les preneurs un fait imprévisible, irrésistible et extérieur constitutif d'un cas de force majeure les exonérant de leur responsabilité dans la réalisation des dommages ».

³⁴ Philippe Stoffel-Munck, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 00-12.780 et Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 99-42.985, 01-40.916 à 01-40.923 et 00-46.660, RDC, n° 1, p. 59.

³⁵ Paul-Henri Antonmattei, Contribution à l'étude la force majeure, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, coll. Thèse, t. 220, 1992.

Des critères légalement établis. Les incertitudes et clivages¹ engendrés par la fluctuation jurisprudentielle en matière de critères constitutifs de la force majeure ont motivé le législateur, à l'occasion de la réforme du droit des contrats de 2016, à apporter des évolutions et modifications au régime de la notion³⁶. L'évolution la plus significative réside en l'insertion d'une définition de la force majeure en matière contractuelle dans le code civil, à l'article 1218. L'alinéa 1^{er} énonce en effet qu' « *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». A la lecture de l'article 1218, il apparaît que trois critères doivent être mobilisés pour constater un cas de force majeure : l'absence de contrôlabilité de l'évènement (événement échappant au contrôle du débiteur), son imprévisibilité au moment de l'échange des consentements (qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat) et son inévitabilité (dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées). Il est nécessaire, pour faire état de l'évolution de la notion de force majeure, de comparer la définition offerte par le code civil à la trilogie de critères classiquement. La condition d'imprévisibilité est maintenue de même que celle d'irrésistibilité, cette dernière étant juste modernisée par le critère d'inévitabilité qui paraît plus adapté. Il n'est plus expressément fait référence au critère d'extériorité. Il s'agit là d'une volonté du législateur, puisque dans un rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, il est indiqué que « *le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 [...], pour ne retenir que ceux*

³⁶ Gaël Chantepie et Mathias Latina, Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, p. 563, n° 617.

d'imprévisibilité et d'irrésistibilité »³⁷. Il est toutefois permis¹ de penser que la condition d'extériorité, même si elle n'est pas expressément mentionnée, reste attachée à la définition de la force majeure prévue par le code civil³⁸. En effet, un « événement échappant au contrôle du débiteur » s'analyse nécessairement en la survenance d'une cause extérieure à ce dernier.

Conférer une définition à la force majeure est nécessairement une bonne démarche : cela permettra en effet aux juridictions éventuellement saisies de demandes de caractérisation de situations de force majeure de statuer selon une méthode uniforme, sur la base de critères légalement définis.

II. L'absence du bénéfice de la force majeure au créancier

Décision du 25 novembre 2020. La première chambre civile de la Cour de cassation a rendu, le 25 novembre 2020, une décision importante aux termes de laquelle elle indique, sur le fondement de l'article 1218 alinéa 1^{er} du code civil, que « *le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure* »³⁹. Cette solution est l'occasion de revenir sur le régime de la force majeure et notamment de s'interroger sur son champ d'application. En l'espèce, deux époux avaient souscrit auprès d'une société de chaînes thermales un contrat d'hébergement pour une période allant du 30

³⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, site internet de Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>

³⁸ Hélène Boucard, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », préc. : « Soit il ne s'agit que de reformuler l'exigence d'extériorité au débiteur (et à ses auxiliaires), consubstantielle de la cause étrangère mais critiquée par des auteurs et appliquée sans constance par la Cour de cassation. Soit il s'agit d'un abandon de cette exigence : la force majeure peut naître du débiteur lui-même (et de ses auxiliaires) pourvu qu'elle soit indépendante de sa volonté, au-delà de sa sphère d'influence » ; Patrice Jourdain, « Force majeure : l'extériorité réhabilitée par l'Assemblée plénière », obs. sous Cass., ass. plén., 10 juill. 2020, n° 18-18.542, RTD civ., 2020, p. 895 ; v. également Gaël Chantepie, Dalloz, Répertoire de droit civil, Contrat : effets, Sanctions de l'inexécution du contrat, n° 233.

³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21.060, publié au bulletin.

septembre au 22 octobre 2017 moyennant un prix total de 926,60 euros. Ils avaient réglé l'intégralité de cette somme le jour de leur arrivée. Le 4 octobre suivant, le mari avait dû être hospitalisé en urgence, ce qui avait contraint sa femme à quitter les lieux le 8 octobre. Par la suite, ils ont assigné la société de chaînes thermales en résolution du contrat et indemnisation dans la mesure où, en raison d'une circonstance revêtant les caractères de la force majeure, ils n'avaient pas pu profiter des dernières semaines de leur séjour. Le tribunal d'instance, qualifiant les problèmes de santé de l'époux d'évènement imprévisible et irrésistible, avait reconnu un cas de force majeure et fait droit aux demandes des époux : ainsi a été admise la résiliation du contrat d'hébergement à compter du lendemain du jour de la libération des lieux⁴⁰. La Cour de cassation a censuré ce jugement : « *En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que M. et Mme H... avaient exécuté leur obligation en s'acquittant du prix du séjour, et qu'ils avaient seulement été empêchés de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers, le tribunal a violé le texte susvisé* ». Par cet arrêt, la première chambre civile, faisant une application stricte des termes de l'article 1218 alinéa 1^{er} du code civil, « *ferme la voie à l'invocation de la force majeure par le créancier d'une obligation qui se trouve*

⁴⁰ « Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les problèmes de santé de Monsieur L... H... qui nécessitaient l'arrêt immédiat de la cure, ont rendu impossible l'exécution du contrat conclu avec la CHAÎNE THERMALE DU SOLEIL, le concernant. Si Madame H... a pu rester dans la résidence jusqu'au 8 octobre 2017, son mari étant hospitalisé à proximité, il apparaît qu'elle s'est également retrouvée dans l'impossibilité de poursuivre la cure en raison du transfert de son époux à la SEYNE SUR MER, à plus de 130 km de l'établissement de la CHAÎNE THERMALE DU SOLEIL.

Or, rien n'indique que de problème de santé de Monsieur H... était prévisible pour Madame H... comme pour son époux, et ce même si celui-ci était âgé de plus de 70 ans au moment des faits. Au surplus, au regard de l'âge du couple, il est possible de dire que madame H... ne pouvait pas, sans aide extérieure, demeurer seule à GREOUX LES BAINS tandis que son mari était hospitalisé à des centaines de kilomètres plus loin suite à une soudaine rétention urinaire nécessitant des soins importants. Ainsi, il convient de prononcer la résiliation du contrat signé entre Madame H... et la CHAÎNE THERMALE DU SOLEIL le 15 juin 2017, à compter du 9 octobre 2017.

En conséquence, Monsieur et Madame H... sont redevables envers la CHAÎNE THERMALE DU SOLEIL, pour 9 jours d'hébergement, de la somme de 379,06 euros. Ayant réglé la somme de 926,60 euros, étant précisé que l'établissement a remboursé 25,20 euros au titre de la taxe de séjour, la CHAÎNE THERMALE DU SOLEIL devra payer à Monsieur et Madame H... la somme de 522,34 euros, avec intérêt au taux légal à compter du 17 juin 2018 ».

empêché d'en bénéficier », ce qui signifie que « *la cause de libération du contrat ne vaut [...] que pour le débiteur* »⁴¹.

Une décision *a priori* justifiée. La solution de l'arrêt du 25 novembre semble *a priori* justifiable. En effet, l'article 1218 du code civil, suppose que l'évènement revêtant les caractères de la force majeure « *empêche* » l'exécution de son obligation par le débiteur. Il y a donc une réelle condition d'empêchement instaurée par la loi. En l'espèce, les époux n'ont pas été empêchés d'honorer leur obligation de payer puisqu'ils ont réglé la totalité du séjour dès leur arrivée. L'article 1218 du code civil indique également que le débiteur doit être empêché dans « *l'exécution de son obligation* ». Or, dans les faits, les clients n'ont pas été empêchés d'exécuter leur obligation de paiement, ils ont seulement été empêchés de profiter de la prestation prévue au contrat d'hébergement. Ainsi, la situation qu'ils ont vécue n'entre littéralement pas dans le champ d'application de la force majeure. Pourtant, le 10 février 1998, la Cour de cassation avait considéré, dans le cas où un créancier, un élève lié à un contrat de formation avec une école, n'avait pas pu profiter de la prestation qui lui était promise par le débiteur dans la mesure où il avait été malade, qu'il y avait bien force majeure lui permettant de ne pas régler le reste du prix de ses années d'école : « *[...] ayant constaté qu'en raison de sa maladie, Mme X... n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'Ecole, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci* »⁴². Certains auteurs ont relevé que cette solution était isolée car le contrat d'enseignement est régi par l'article L. 444-8 du code de l'éducation⁴³, de sorte que les règles de droit commun abdiquent

⁴¹ Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, D., 2021, p. 114.

⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, n° 96-13.316.

⁴³ C. éduc., art. 444-8 al. 2 : « Le contrat peut être résilié par l'élève, ou son représentant légal, si, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, il est empêché de suivre l'enseignement correspondant. Dans ce cas, la résiliation ne donne lieu à aucune indemnité ».

face au droit spécial⁴⁴. Pour autant, l'on ne verrait aucune difficulté à ce cette solution s'applique de manière générale. Par ailleurs, cette solution s'explique à la lumière d'une jurisprudence, sur laquelle il sera insisté plus loin, qui a décidé qu'en matière d'obligation de paiement, il ne peut y avoir lieu à force majeure.

Plaidoyer pour une admission de la force majeure au bénéfice du créancier. Même si les arguments précédemment développés paraissent cohérents pour refuser l'application de la force majeure au créancier, l'on ne peut que considérer que la décision du 25 novembre 2020 constitue une occasion manquée de la part de la Cour de cassation d'admettre la possibilité pour le créancier de pouvoir bénéficier du mécanisme de la force majeure. Déjà en 2009, le professeur Cyril Grimaldi énonçait que « *Pour des raisons d'équité, il nous paraît important de reconnaître au créancier la faculté d'invoquer la force majeure pour obtenir l'anéantissement du contrat. Dans ce cas, par principe, le créancier ne saurait être contraint d'exécuter son obligation, et, s'il l'a déjà fait, il devrait obtenir restitution* »⁴⁵. Cette reconnaissance se fonde sur plusieurs arguments.

Contrats synallagmatiques. L'article 1218 du code civil alinéa 1^{er}, tel qu'il est rédigé, ne permet que l'exonération du débiteur par le biais de la force majeure. Pour autant, il est regrettable que la première chambre civile ait conféré aux époux le statut de « créanciers » alors que le contrat qui les liait à la société de chaînes thermales s'analysait en un contrat synallagmatique. L'article 1106 alinéa 1^{er} du code civil dispose en effet que « *Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* », de sorte que dans cette forme de contrat, chaque partie doit être considérée à la fois créancière et débitrice.

⁴⁴ Cédric Héline, « Refus de la force majeure pour le créancier », obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, Dalloz actu., 8 déc. 2020 ; Sandrine Tisseyre, « Force majeure : l'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier », obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, D., 2021, p.114.

⁴⁵ Cyril Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », D., 2009, p. 1298.

En l'espèce, le contrat d'hébergement rentrait nécessairement dans la catégorie des contrats synallagmatiques : les clients étaient débiteurs d'une obligation de paiement et créanciers d'une prestation d'hébergement et d'activité thermales, tandis que la société de chaînes thermales était débitrice de la prestation d'hébergement et d'activité thermales et créancière de l'obligation de paiement des époux. Si l'article 1218 du code civil indique, certes, que seul le débiteur peut se prévaloir de l'article, il devrait, de toute évidence s'appliquer à toutes les parties d'un contrat synallagmatique.

L'équilibre contractuel au service de la reconnaissance du bénéfice de la force majeure pour le créancier. Il est permis de penser qu'à l'heure où le déséquilibre significatif⁴⁶ est dénoncé et où le code civil accorde une place de plus en plus importante à l'équilibre contractuel, cette dernière notion devrait conduire à ce que le mécanisme de la force majeure soit reconnu à l'égard du créancier. Depuis la réforme du droit des contrats de 2016, bon nombre de dispositions du code civil permettent d'assurer que les contrats sont conclus de manière équilibrée. L'exemple le plus significatif à ce sujet est celui de la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion⁴⁷. L'article 1171 du code civil énonce en effet que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». La sanction du défaut de contrepartie prévue à l'article 1169 du code civil⁴⁸, ainsi que nullité de la clause contredisant la portée de l'obligation essentielle⁴⁹, conformément à l'article 1170 dudit code,

⁴⁶ Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, th., Droit, Université Côte d'Azur, 2018.

⁴⁷ Pour les contrats conclus entre professionnels et non-professionnel, il convient de se référer à l'article L. 132-1 du code de la consommation relatifs à la prohibition des clauses abusives.

⁴⁸ C. civ., art. 1169 : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

⁴⁹ C. civ., art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

constituent elles aussi des illustrations pertinentes. De plus, la réforme du droit des contrats a démontré la volonté du législateur de vouloir assurer un équilibre entre les parties lors de la phase d'exécution du contrat, notamment en admettant, après plusieurs années de refus, la théorie de l'imprévision. Désormais, l'article 1195 du code civil prévoit que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». L'on remarque donc que le but du code civil est d'assurer un équilibre des prestations entre les parties au moment de la formation et de l'exécution du contrat. Mais cette exigence d'équilibre ne devrait pas être circonscrite seulement à ces phases-là de la vie du contrat. Ne devrait-elle pas être étendue aux causes d'exonération de responsabilité contractuelle telle que la force majeure ? Cela est reconnu dans certaines législations spéciales dont le droit commun des contrats pourrait s'inspirer, comme l'article L. 444-8 du code de l'éducation, précédemment évoqué, qui permet au créancier de résilier le contrat d'enseignement à distance si par suite d'une force majeure, il est empêché de suivre l'enseignement correspondant.

Les clauses de force majeure : une solution relative. Conformément au principe de liberté contractuelle⁵⁰, les parties à un contrat sont libres d'y insérer, au moment de sa conclusion, tout type de clauses du moment que celles-ci ne vont pas à l'encontre de l'ordre public et ne créent pas un déséquilibre entre elles. Il est donc possible de conclure des clauses de force majeure⁵¹. L'article 1351 du code civil admet d'ailleurs

⁵⁰ C. civ., art. 1102 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

⁵¹ Jacques Mestre et Jean-Christophe Roda (dir.), « Clause de force majeure », in Les principales clauses des contrats d'affaires, 2011, Lextenso, p. 397 ; pour une étude approfondie, v. Rochfelaire Ibara, L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses

l'existence de telles clauses à son article 1351 qui énonce que « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure* ». De plus, la jurisprudence considère que ces clauses sont valides dans la mesure où les dispositions de l'article 1218 du code civil ne sont pas d'ordre public⁵². La clause de force majeure a une double finalité : elle permet soit d'imposer au débiteur de supporter l'inexécution de l'obligation même relevant d'un cas de force majeure⁵³, soit d'étendre le régime de la force majeure. L'on peut ainsi penser qu'il est possible d'élargir le bénéfice de la force majeure au créancier ou même d'élargir la force majeure au cas où le créancier n'a pas pu profiter de la prestation promise. Mais, même si la conclusion d'une clause de force majeure est encouragée, elle apparaît, en pratique, compliquée, dans la mesure où certains types de contrat, comme le contrat de réservation et d'hébergement, ne prêtent pas à une négociation aisée⁵⁴.

Par ailleurs, les clauses de force majeure, en ce qu'elles ont pour conséquence d'aménager la responsabilité d'une partie, ne sont pas autorisées pour tous les contrats. Dans certaines hypothèses, elles seraient en effet considérées comme abusives ou porteraient atteinte à des dispositions d'ordre public. C'est le cas en matière de construction où le régime de ces clauses est strictement encadré⁵⁵. Par exemple, l'article 1792 du code civil, relatif aux responsabilités biennale et décennale du constructeur, prévoit que ce dernier « *est responsable de plein droit,*

de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, th. Droit, Université de Poitiers, 2012 ; Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-15.626.

⁵² CA, Basse-Terre, 30 nov. 2009, n° 07/01677.

⁵³ Il s'agit ainsi d'une « clause de garantie ».

⁵⁴ Sandrine Tisseyre, « Force majeure : l'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier », préc. : « De telles clauses sont malaisées à négocier dans la majorité des contrats que nous concluons. La réservation d'une cure thermique, d'un séjour de vacances, l'achat d'un billet de théâtre, etc., n'offre généralement guère la latitude aux particuliers d'inclure dans la convention des clauses de répartition des risques, de prise en charge du changement de circonstances imprévu ».

⁵⁵ Matthieu Poumarède, « La clause de force majeure dans les contrats de construction », RDI, 2017, p. 456.

envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ». A ce sujet, l'article 1792-5 du code civil énonce, pour des raisons d'ordre public, qu'il est impossible d'aménager cette responsabilité par le biais d'une clause : « *Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* ».

En définitive, le recours à la clause de force majeure, même s'il est parfois limité pour des considérations d'ordre public, peut s'avérer utile pour permettre d'étendre le mécanisme de la force majeure au créancier. Il participe même à restaurer un certain équilibre entre les parties au contrat.

III. La force majeure et l'épidémie de covid-19

Ampleur de l'épidémie de coronavirus et influence sur le droit des contrats. En l'état des multiples lois et ordonnances prises en vue d'adapter le droit français à la crise sanitaire actuelle, il n'est pas exagéré d'affirmer que la pandémie mondiale de covid-19 possède une influence sur les rapports juridiques. Le droit des contrats n'est donc pas épargné par ce phénomène⁵⁶, et fait même partie des domaines les plus touchés par l'épidémie. La crise sanitaire modifie en profondeur les rapports contractuels, invite à davantage anticiper les événements, met en évidence les lacunes et carences juridiques, et encourage à revoir certains mécanismes. La période actuelle a donc conduit certains contractants à s'interroger sur les voies

⁵⁶ Hugo Barbier, « Le contrat face aux circonstances extraordinaires », RTD civ., 2020, p. 363 ; Antoine Tadros, « Le Covid-19 et le droit des contrats », RLDC, mai 2020, n° 181, n° 6787.

juridiques dont ils disposaient pour faciliter l'exécution d'un contrat, voire en sortir. C'est à ce titre que plusieurs instruments, liés à l'exécution du contrat et à la responsabilité contractuelle sont, depuis déjà le premier confinement du mois de mars 2020, mobilisés et, par là même, remis en question : « *Force majeure, imprévision, réduction du prix, exception d'inexécution : autant de mécanismes qui, puisés au droit commun des contrats, sont mobilisés afin d'appréhender les conséquences de la crise sanitaire actuelle sur les contrats civils et commerciaux* »⁵⁷. La force majeure représente-t-elle un mécanisme contractuel adapté aux temps de crise ? Cette question est pertinente pour les contrats dont l'obligation principale à la charge du débiteur est une obligation de paiement. En définitive, le véritable enjeu est de savoir si la propagation du coronavirus est un événement qui présente les caractères de la force majeure. Si les voies de l'imprévision – permettant au débiteur de renégocier le contrat qu'il éprouve des difficultés à exécuter, voire, de le faire cesser⁵⁸ – et de l'exception d'inexécution⁵⁹ paraissent être des moyens efficaces permettant au débiteur de faire face aux difficultés contractuelles engendrées par la pandémie⁶⁰, il en est autrement pour la force majeure.

Le cas des contrats avec obligation de faire. Concernant les contrats contenant une obligation de faire, la force majeure semble être admise par les tribunaux dans cette période actuelle. Même si les décisions actuelles sont rendues par des juridictions de premier degré, elles restent néanmoins importantes et ont l'avantage d'être

⁵⁷ Nicolas Dissaux, « L'épidémie, cette perte », D., 2020, p. 887.

⁵⁸ C. civ., art. 1195 ; Encore faut-il que les contractants aient prévu cette imprévision contractuellement.

⁵⁹ C. civ., art. 1219 et 1220.

⁶⁰ Encore que pour les baux commerciaux, cette théorie de l'imprévision ne serait pas applicable : à ce titre, v. Hugo Barbier, « Le contrat face aux circonstances extraordinaires », préc. : l'auteur fait état d'un arrêt rendu le 12 décembre 2019 par la cour d'appel de Versailles et énonçant que « dès lors que le statut des baux commerciaux prévoit de nombreuses dispositions spéciales relatives à la révision du contrat de bail (révision triennale, clause d'indexation), il n'y a pas lieu de faire application des dispositions générales de l'article 1195 précité, ces dernières devant être écartées au profit des règles spéciales du statut des baux commerciaux »

davantage circonstanciées et motivées. Ainsi, l'annulation d'un vol, en raison de la situation sanitaire due à la propagation du coronavirus est constitutive d'un cas de force⁶¹. Une ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 20 mai 2020 a reconnu que « *la diffusion du virus revêt, à l'évidence, un caractère extérieur aux parties, [...] est irrésistible et [...] était imprévisible comme en témoignent la soudaineté et l'ampleur de son apparition* »⁶², ce qui permettait l'interruption des livraisons promises par une société. Le tribunal de commerce d'Evry dans une décision du 1^{er} juillet 2020⁶³ a pu préciser que la crise du covid-19 présentait cumulativement les caractéristiques d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité et relève de la force majeure⁶⁴, de sorte qu'une société pouvait suspendre des travaux de construction. Ces décisions ont été accueillies avec étonnement dans la mesure où pour d'autres formes d'épidémie, la force majeure n'était pas retenue. Il apparaît que le caractère mortel du coronavirus ait amené les tribunaux à faire preuve de souplesse⁶⁵. Il est évident que la pandémie de coronavirus répond aux critères de la force majeure tels qu'ils sont listés à l'article 1218 du code civil : la propagation du virus échappe nécessairement au contrôle du débiteur et ses effets ne peuvent être évités par le débiteur. Concernant la condition d'imprévisibilité, il faut nécessairement se placer à la date de conclusion du contrat : si le contrat a été conclu bien avant l'annonce de l'épidémie et de la mise en place des premières mesures sanitaires, alors l'absence de prévisibilité pourra être retenue.

Le cas des contrats avec obligation de paiement : exemple du bail commercial.
Concernant les obligations de paiement, les solutions sont différentes. En effet, il y a lieu de rappeler le principe jurisprudentiel selon lequel, le débiteur d'une obligation

⁶¹ Cour d'appel de Douai, 5 mars 2020, n° 20/00401.

⁶² T. com., Paris, 20 mai 2020, n° 2020016407.

⁶³ T. com., Évry, 1^{er} juill. 2020, n° 2020R0092.

⁶⁴ Dimitri Houtcieff, « La force majeure à l'épreuve du coronavirus », Gaz. Pal., 15 sept. 2020, n° 31, p.29.

⁶⁵ Pascale Guiomard, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », Dalloz actu., 4 mars 2020.

contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure⁶⁶. C'est une solution qui, à l'heure actuelle, semble assez sévère, surtout lorsque les débiteurs d'obligations de paiement, notamment les preneurs de baux commerciaux, éprouvent de réelles difficultés pour régler leurs loyers : « *la possibilité pour les preneurs d'obtenir l'annulation des loyers, faute de chiffre d'affaires pendant la période de fermeture et de confinement, est bien plus restreinte qu'ils ne l'escomptent* »⁶⁷. Cette solution s'expliquerait dans la mesure où la force majeure doit rendre l'exécution de l'obligation impossible et qu'il n'est « *jamais matériellement impossible de payer tant que la monnaie existe* »⁶⁸. Cet argument est certes convaincant, mais l'ampleur de la crise actuelle mène nécessairement à des impossibilités de payer qui peuvent être définitives.

Ainsi, il est légitime de considérer que l'ampleur de l'épidémie actuelle devrait motiver la jurisprudence à être moins stricte dans son application de la force majeure aux obligations financières. Il convient à ce titre de mettre en lumière un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 5 novembre 2020 qui démontre une forme de souplesse – et peut être d'évolution ? -. En l'espèce, pour justifier l'absence de paiement de ses loyers commerciaux, un preneur à bail commercial avait invoqué un cas de force majeure, en raison de l'épidémie de coronavirus. Ce qui peut susciter de l'étonnement dans cet arrêt, c'est que la cour d'appel a rejeté sa demande non pas au motif que son obligation était une obligation de paiement, mais parce qu'il ne rapportait pas la preuve du caractère irrésistible de l'évènement⁶⁹. Cela représente-

⁶⁶ Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306.

⁶⁷ Fabien Kendérian, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », RTD com., 2020, p. 265.

⁶⁸ Julia Heinich, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », D., 2020, p. 611 ; v. également Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », AJ contrat, 2020, p. 176.

⁶⁹ Cour d'appel de Grenoble, 5 nov. 2020, n° 16/04533 : « Concernant le moyen pris de la force majeure liée à l'épidémie Covid 19, il n'est pas justifié par l'intimée de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation de payer les loyers. Cette épidémie n'a pas ainsi de conséquences irrésistibles ».

t-il une voie ouverte à la reconnaissance d'une force majeure financière ? Est-ce la situation économique actuelle qui a permis cette souplesse de la part des juges ? Quoiqu'il en soit, cela permet de proposer qu'aujourd'hui, les situations devraient être analysées au cas par cas, et dans les hypothèses les plus graves et dramatiques, la force majeure financière devrait être exceptionnellement admise. Force est également de constater que les mesures gouvernementales venant aider les preneurs de locaux commerciaux (interdiction de pénalité en cas de retard de loyer, report du paiement des factures d'électricité ou de gaz, fonds de garantie, report des loyers commerciaux) ne semblent pas, au regard de la situation économique actuelle, être de nature à changer significativement les choses. En dehors d'une évolution jurisprudentielle, il conviendrait alors de généraliser dans les baux commerciaux, les clauses de force majeure et les assurances spécifiques pour perte d'exploitation⁷⁰. Cela ne sera certainement pas aisé à négocier entre le preneur et le bailleur.

En conclusion, il y a lieu de relever que les évolutions apportées à la force majeure et les mutations proposées confirment la place qu'elle occupe en matière contractuelle. Il faut dire que la réforme du droit des contrats, en ce qu'elle a conféré une définition à la force majeure, a permis de déterminer définitivement ses critères, ce qui conduira nécessairement les juridictions à relever des cas de force majeure selon une méthode uniforme. Il n'en reste pas moins qu'à plusieurs égards, la force majeure mérite de poursuivre son évolution. Pour des raisons évidentes d'équilibre contractuel et de réalisme, le créancier devrait pouvoir invoquer ce mécanisme. De même, la crise sanitaire actuelle a révélé certaines faiblesses dans l'application de la force majeure, notamment le refus généralisé de la reconnaître dans les obligations contractuelles de somme d'argent. Cette difficulté conduit à se

⁷⁰ Hugues Kenfack, « Leçons de la pandémie de Covid-19 : la systématisation des clauses de force majeure et d'assurance perte d'exploitation ? », D., 2020, p. 2185 ; sur le recours encouragé aux clauses de force majeure, v. Mustapha Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », AJ contrat, 2020, p. 164.

demander si la force majeure, au lieu d'être cantonnée à des domaines spécifiques, ne devrait pas plutôt s'apprécier au cas par cas. Il a fallu plus de deux siècles pour que la force majeure évolue, de sorte qu'il convient d'affirmer que le temps fera son œuvre, à moins que la crise sanitaire actuelle ne précipite les événements et d'éventuelles réformes.

LE TERRITOIRE DANS LES CONSTITUTIONS AFRICAINES

E. Joël Louis ATANGANA - Ph. D en droit public - Chargé de Cours à la Faculté des
Sciences Juridique et Politique-Université de Douala-Chercheur au Centre d'Etudes
pour le Développement du Droit en Afrique (CEDDAF)

RESUME

Le territoire et la constitution sont deux éléments cardinaux dans l'existence d'un Etat. Si le premier renvoie à l'espace délimité par les frontières sur lequel s'exerce l'autorité de l'Etat, alors que la constitution est une norme suprême d'encadrement de l'exercice du pouvoir qu'elle limite. A partir de ces deux définitions, il est clairement établi qu'on ne peut concevoir un Etat moderne sans constitution et sans territoire. Les Etats africains y ont souscrit à cette logique. Dès lors, il importe au regard de nombreux conflits mettant en relief la violation de l'intégrité du territoire d'interroger l'encadrement du territoire par les constitutions africaines. A l'examen des constitutions, l'on établit qu'il existe un aménagement variable du territoire dans lesdites constitutions. Les unes mettant l'accent sur une délimitation axée sur la consistance et le marquage des frontières d'une part alors que, d'autres constitutions s'en tiennent à la protection de l'intégrité d'autre part. A l'épreuve de la mise en œuvre de cette protection, un certain nombre d'obstacles liés aux revendications identitaires et sécessionnistes appellent un renforcement des moyens de protection. Ils reposent tour à tour sur le dépassement des clivages et l'affermissement d'une culture de l'Etat de droit et du droit de la défense.

Notion polysémique, le territoire renvoie à des significations variées, lesquelles dépendent de l'angle d'approche, des disciplines qui l'étudient et de l'époque. Dans une approche beaucoup plus littéraire que juridique, rendant compte de l'importance du territoire, Michelet écrivait : « *sans base géographique, le peuple, l'acteur historique, semble marcher en l'air comme dans ces peintures chinoises où le sol manque...* »⁷¹. Élément constitutif de l'État, le territoire peut être défini comme l'espace sur lequel s'identifie l'État. C'est une condition indispensable pour que l'autorité politique s'exerce efficacement. Maurice HAURIUO déclare à ce sujet: « *l'Etat est une corporation à base territoriale.* », « *l'État est un phénomène spatial* »⁷². Il permet de situer l'État dans l'espace et est délimité par les frontières. Les frontières peuvent être soit naturelles, soit artificielles, et la plupart des juristes, politistes et internationalistes se rejoignent dans cette image d'un État Janus dont l'identité nationale et territoriale dépend de la clarté et de la continuité de son enveloppe frontalière (...). La frontière serait l'épiderme de l'État⁷³. Il s'agit dans cette perspective d'un ensemble de cercles ou de lignes qui permettraient d'identifier et surtout de délimiter le territoire de l'État, et quant à son tracé, il n'est que le résultat d'un rapport de force que la diplomatie doit rendre pérenne⁷⁴. Sont alors en jeu le territoire national et souverain, son identité au sein d'un espace déjà donné, qui s'étend ou se retrace selon les aléas des rapports interétatiques et des soulèvements internes mais forme une bulle étanche bien qu'à géométrie variable⁷⁵. Le territoire se comprend alors comme un espace de souveraineté pour l'État, délimité par des frontières, avec pour conséquence qu'il s'agisse du seul lieu où l'État puisse intervenir souverainement, étant entendu qu'il est le seul à pouvoir y

⁷¹Source : LAVENUE J.J., chapitre 1-Territoire et souveraineté, consulté le 17 juin 2017 à 22h sur droit-univ-lille2.fr/la-faculte/enseignants/jean-jacques-lavenue/cours-souverainete-espaces-espace-virtuel/chapitre-i-les-territoires-et-souverainete.

⁷²Source : LAVENUE J.J., *ibid.*

⁷³BIGO D., « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », HAL-archives-ouvertes, p.5.

⁷⁴BIGO D., *ibid.*, p.3.

⁷⁵BIGO D., *ibid.*

exercer son pouvoir. Cette conception du territoire qui est celle des traités de théorie "réaliste" des relations internationales doit aujourd'hui être dépassée notamment lorsqu'on observe la présence sur le territoire d'un État les représentations d'autres États à travers soit les ambassades, soit les consulats, qui sont considérées comme des espaces de souveraineté de ces États étrangers, insusceptibles d'être violés par l'État d'accueil. Ces représentations sont la continuité sur le territoire d'un État souverain, du territoire d'un autre État étranger et constitue pour ce dernier un espace de souveraineté. La frontière se révèle comme on le constate si bien aujourd'hui insuffisante pour définir et délimiter le territoire.

Quoiqu'il en soit, l'on considère de façon générale le territoire comme un espace à trois dimensions, terrestre, maritime, aérienne. Le territoire terrestre correspond à l'espace de la terre ferme sur lequel résident toutes les structures, personnes et institutions de l'État. Il prend également en compte les cours d'eaux à l'exception de ceux ayant un régime international. Le territoire maritime se rapporte aux espaces de la mer qui sont le prolongement de la terre ferme jusqu'à une limite fixée par le droit international⁷⁶, sous réserve des limites fixées unilatéralement par certains États. Le territoire aérien se réfère à l'espace tant atmosphérique qu'extra atmosphérique qui surplombe les territoires terrestres et maritimes de l'État. Qu'il s'agisse de l'espace territorial, maritime ou aérien, le territoire de l'État est pour celui-ci comme précisé plus haut, un espace de souveraineté. L'importance du territoire a d'ailleurs amené la doctrine à s'interroger sur sa nature juridique au sein de l'État, sur le rapport qui lie l'un à l'autre, sur la fonction que remplit le premier vis-à-vis du second. L'étude de ces relations a donné lieu à l'élaboration d'un certain nombre de théories, plus ou moins contestables sans doute, mais qui dans leurs imperfections ont néanmoins l'intérêt d'éclairer différents angles d'approche possible d'une réalité complexe qui les englobe tous. Au rang de ces théories, on peut citer : La théorie du territoire sujet qui assimile le territoire à la personne de

⁷⁶ Confère Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer.

l'État⁷⁷; la théorie du territoire objet qui considère le territoire comme le champ d'application d'un droit réel de propriété (*dominium*) ou de souveraineté (impérium) de l'État⁷⁸; la théorie du territoire limite qui considère le territoire comme le cadre dans lequel s'exercera la puissance étatique, il s'agit de la limite matérielle de l'action effective des gouvernants⁷⁹; et la théorie de la compétence ou du territoire titre-de-compétence qui considère le territoire comme le domaine dans lequel l'État peut exercer ses compétences, comme le cadre de validité de l'ordre étatique⁸⁰. Quelle que soit la posture théorique qu'on adopte, ce qu'il importe de relever c'est la nécessité du territoire dans la définition de l'État, car il n'y a pas d'État sans territoire. Le territoire est un élément constitutif de l'État, ce dernier ne saurait se former sans un territoire car celui-ci lui confère sa souveraineté. La souveraineté étant pour Jean BODIN quelque chose d'absolue, ce qui suppose que l'État puisse agir en toute indépendance, sans être soumis à d'autres volontés que la sienne. Il faut noter tout en reprenant les propos de NGUYEN Quoc Dinh : « s'il n'y a pas d'État sans population, il n'y a pas de population étatique sans territoire étatique »⁸¹.

Quant à la constitution, acte fondateur de l'État, elle connaît une origine lointaine, depuis l'école du droit de la nature et des gens fondée par Grotius en 1625, jusqu'à la déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 qui, en son article 16, affirme que : « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminées n'a pas de constitution.* » Si l'on admet avec le discours juridique classique que sa diffusion dans le temps et dans l'espace correspond à des étapes successives de la conquête de la liberté par

⁷⁷ La théorie du territoire sujet a été défendue notamment par Maurice HAURIOU, Carré de MALBERG, Georg JELLINECK, source : LAVENUE J.J., op.cit.

⁷⁸ La théorie du territoire objet a été défendue notamment par Oppenheim, Lauterpacht. Source : LAVENUE J.J., ibid.

⁷⁹ La théorie du territoire limite a été défendue notamment par Michoud, Carré de MALBERG, Maurice HAURIOU, source : LAVENUE J.J., ibid.

⁸⁰ La théorie de la compétence a été défendue notamment par Hans KELSEN, Verdross, Jules BASDEVANT, Georges SCELLE, Bourquin. Source : LAVENUE (J.J.), ibid.

⁸¹ NGUYEN Q. D., Droit international public, Paris, LGDJ, 1980, p.355.

ceux qui, jusqu'alors ont été soumis à la force mécanique de la domination⁸², il importe de préciser à la suite que cette référence historique est fondée pour l'Europe. Elle constitue, pour les nouveaux États ayant accédé à l'indépendance à partir des années 1945 et notamment les États africains, une induction coloniale, n'ayant pris en compte dans sa systématisation aucune référence précoloniale, s'agissant notamment de l'encadrement du territoire.

L'implantation coloniale a en effet entraîné une reterritorialisation guidée par la délimitation des frontières issues du partage retenu par la conférence de Berlin (1884- 1885)⁸³. Les nouveaux États indépendants seront plus marqués par la structuration coloniale que par les institutions précoloniales ; mais d'un autre côté leurs peuples pérennisent les traditions et dynamiques héritées de ces époques combattues mais non rompues et toujours revivifiées par leur besoin d'exister de manière transfrontalière et transnationale, notamment en évoluant sur les terroirs qui enjambent les frontières modernes'. La circulation des populations rend compte d'une imbrication des nouvelles territorialités administratives et étatiques, avec d'autres qui survivent essentiellement à travers des espaces socioculturels.

Au moment des indépendances, la territorialité politique est ainsi déjà complexe et articule des espaces nationaux et sous-régionaux, eux-mêmes faits d'une imbrication de terroirs socioculturels. Elle est ainsi déterminée non seulement par les délimitations frontalières mais aussi par une ubiquité socioculturelle des populations. Divers peuples se retrouvent appartenir à plusieurs pays alors que la rationalité politique en vigueur impose pour chaque pays : un État et un territoire⁸⁵. Les populations africaines qui jusqu'ici entretenaient un lien étroit avec leur territoire en tant qu'espace approprié pour elles, sur lequel elles portent des valeurs, partagent une idéologie, une histoire commune, ce sont trouvées démantelées au

⁸²FAURE Y.A., « Les constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire, pour une lecture différente des textes », *Constitutions et Pouvoir*, p.34.

⁸³ DI ALLO (M.), « La relation État, territoire et population en Afrique de l'Ouest », article consulté en ligne le 17 juin 2017 à 20h48.

⁸⁴ DIALLO M., *ibid.*

⁸⁵ DIALLO M., *ibid.*

gré des nouveaux territoires-legs-coloniaux, sans considération aucune de la structuration territoriale précoloniale, et, malgré les antagonismes culturelles et idéologiques, et, la tâche revenait aux constitutions d'assurer par des moyens légaux la pérennité des frontières nées du nouveau marquage des frontières ; d'où l'inscription d'une réflexion sur le territoire dans les constitutions africaines .

Envisager donc une étude sur le territoire dans les constitutions africaines nécessiterait avant tout au préalable un éclairage sur les principales notions qui fondent la réflexion, s'agissant notamment des notions de constitution et de territoire.

La constitution, dit Dominique ROUSSEAU, est le principe de réflexion des sociétés humaines⁸⁶. Selon Pierre BRUNET, le mot constitution a longtemps évoqué des textes considérés comme sacrés et un peu lointain dont on parlait avec déférence sans toujours avoir une idée bien précise de leur contenu⁸⁷. Essentiellement politique, le concept est devenu presque exclusivement juridique. Autrefois l'ordre social ou de valeurs, encore diffus, la constitution désigne aujourd'hui une norme juridique (ou un ensemble de normes), volontiers qualifiée de fondamentale et qui paraît beaucoup comme garantie de la liberté voire la condition de la démocratie⁸⁸. Considérée comme « le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée ⁸⁹» la notion de constitution peut aussi se définir sur un double sens matériel et formel. Dans le premier sens, elle peut désigner l'ensemble des règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'État, la dévolution et l'exercice du pouvoir⁹⁰. Dans le second sens, elle peut se rapporter à un document relatif aux institutions politiques dont l'élaboration et la modification obéissent à une procédure différente de la procédure législative

⁸⁶ROUSSEAU D., « Question de constitution », érudit, Politique et Sociétés, vol 19, n° 2-3, 2000, p.9.

⁸⁷BRUNET P., Constitution, Encyclopédie Universalis, 2007 (juin), p.l.

⁸⁸BRUNET P., *ibid.*

⁸⁹FAVOREU L., GAIA P., GENONTHIAN R., PFERSMANN O., ROUX A. , SCOFFONI G., Droit constitutionnel , Paris Dalloz , 2019,p.6.

⁹⁰LADEGAILLERIE V., Lexique des Termes Juridiques, ANAXAGORA, collection numérique, p.47.

ordinaire⁹¹. Il s'agit dans ce cas des règles qui soit ont reçu une forme distincte, soit ont été édictées ou ne peuvent être révisées que par un organe spécifique, soit ont été édictées ou ne peuvent être révisées que par une procédure spécifique. De quelque façon qu'on la définisse, la constitution, toujours est le fondement de l'État (...), c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques⁹².

De ce qui précède, il apparaît un lien étroit entre la constitution et le territoire, lequel se résume en l'État. Dans l'organisation qu'elle fait de l'État en tant que fondement de celui-ci, la constitution se saisit corrélativement du territoire, et parce qu'il s'agit du cadre d'exercice de la souveraineté étatique, elle l'aménage de façon à assurer sa protection tant sur le plan interne que dans les relations internationales. Ainsi, dans le contexte africain, envisager une étude sur les constitutions africaines et le territoire consiste à mettre en relation le corpus de normes qui fondent le pouvoir dans l'État et le cadre d'exercice dudit pouvoir. Loin d'envisager la structuration administrative dudit cadre que les constitutions renvoient en majorité l'organisation à une loi, il sera ici question d'envisager sa protection telle que systématisée par lesdites constitutions.

Cette étude est intéressante à plus d'un titre : sur le plan théorique, elle permet de faire une rétrospective sur la théorie constitutionnelle et le constitutionnalisme africain notamment. Sur le plan pratique, elle renseigne sur l'importance du territoire comme élément constitutif de l'État et sa prise en compte par les constitutions africaines.

Une analyse minutieuse de cette étude révèle le problème du traitement, de l'encadrement du territoire par les constitutions africaines. Sur ce, l'on peut s'interroger sur la question de savoir : Comment les constitutions africaines encadrent-elles le territoire ?

Rechercher une réponse à cette question nous a donné de faire appel au positivisme

⁹¹LADEGAILLERIE V., *ibid.*

⁹²BRUNET (P.), *op.cit.*, p.4.

juridique légal, qui nous a permis de déduire des dispositions constitutionnelles africaines l'encadrement faite du territoire.

Dans cette recherche, nous avons formulé l'hypothèse selon laquelle, s'il est certes vrai que les constitutions africaines encadrent le territoire dans le sens d'une protection parfois à outrance, il reste qu'en raison des facteurs à la fois endogènes qu'exogènes, cette protection demeure perfectible.

La vérification de cette hypothèse a conduit à une analyse binaire articulée autour d'un aménagement variable du territoire (I) en quête de stabilité (II) dans les constitutions africaines.

I. Un aménagement variable du territoire dans les constitutions africaines

Si l'existence d'un État est généralement conditionnée par la présence d'un territoire, une population et un pouvoir politique souverain, il reste à dire à la lumière de la doctrine que c'est la notion de territoire qui a suscité de débat⁹³. Toutefois, il faut dire qu'au-delà de la variation des principes de protection de l'intégrité du territoire consacrés par la quasi-majorité des constitutions africaines **(B)**, certaines d'entre elles prennent en compte la notion de frontières en procédant à une variation des modalités de délimitation du territoire⁹⁴ de l'État **(A)**.

A. La variation des modalités de délimitation du territoire

D'emblée, cette délimitation est mise en relief par la consistance du territoire(1) dans certaines constitutions, même si à côté la délimitation par la superficie retient

⁹³ FAVOREU L., GAIA P., GENONTHIAN R., PFERSMANN O., ROUX A. , SCOFFONI G., Droit constitutionnel , Paris Dalloz , 2019,p.2.

⁹⁴ Sur la délimitation des frontières au Cameroun, lire AKONO C.J., La frontière maritime entre le Cameroun et le Nigéria d'après la Cour Internationale de Justice, Mémoire de DEA en Droit public international, FSJP, UD, 2003-2004 ,137p.

aussi l'attention (2).

1. La délimitation par la consistance du territoire dans la constitution

Certaines constitutions des Etats africains déterminent le territoire en mettant en relief une délimitation qui se conjugue avec sa consistance. Il en est ainsi du nouvel Etat indépendant du Sud Soudan. En effet, il s'est doté d'une constitution qui dès l'entame, dévoile d'ores et déjà que cet État, fortement attaché à sa souveraineté et surtout jaloux de son indépendance chèrement acquise, voudrait prendre toutes mesures afin d'assurer l'inviolabilité de son territoire. C'est ainsi que dès le premier titre de cette constitution intitulé « The Republic of South Sudan and its territory », l'on est marqué par la délimitation qui est faite du territoire Sud soudanais. Ainsi, au-delà de l'alinéa 1 de l'article 1^{er} qui définit le Sud Soudan comme une République souveraine et indépendante connue sous l'appellation de « The Republic of South Sudan », l'alinéa 2 du même article procède à une véritable délimitation du territoire. En effet, il dispose que : « *The territory of the Republic of South Sudan comprises all lands and air space that constituted the three former Southern provinces of Bahr el Ghazal, Equatoria and Upper Nile in their houndries as they stood on January 1, 1956, and the Ahyel Area, the territory of nine Ngok Dinka chief doms transferred from Bahr el Ghazal Province to Kordofan Province in 1905 as defined by the Abyei Arbitration Tribunal Award of July 2009* ». Cet extrait dévoile la consistance du territoire Sud soudanais, et c'est l'alinéa 3 qui procède à la délimitation véritable du territoire en précisant que la République du Sud Soudan est limitée au Nord par le Soudan, à l'Est par l'Éthiopie, au Sud par le Kenya et l'Ouganda, au Sud-ouest par la République Démocratique du Congo et à l'Ouest par la République Centrafricaine. Les alinéas 4 et 5 se bornent simplement à rappeler le caractère multiculturel, multiethnique, multilinguistique, multi religieux et multiracial de la République. Sans être anodine, cette précision vise à mettre en exergue des éléments qui semblent *a priori* n'avoir pas de grande considération, mais qui par contre jouent un rôle des

plus importants dans le maintien de la consistance du territoire. En outre, et toujours sous l'égide des alinéas précités, le Sud Soudan est une République démocratique décentralisée, attachée aux idéaux de justice, d'égalité, de respect de la dignité humaine ainsi que des droits fondamentaux, toutes choses qui ne peuvent que renforcer la cohésion du territoire et empêcher l'effondrement de ses frontières.

Il faut dire que, la définition à la fois de la consistance du territoire et de ses frontières dans la constitution comme c'est le cas du Sud Soudan se révèle tout de même être un précédent dans le constitutionnalisme non seulement africain, mais aussi mondial, ce qui peut se comprendre étant donné les circonstances qui ont entouré à la fois son accession à l'indépendance que l'édiction de cette constitution de transition. Car faut-il le rappeler, l'accession à l'indépendance du Sud Soudan s'est faite au prix des décennies de guerre qu'a connu le Soudan tout entier.

La République démocratique du Congo sans spécifier la délimitation au niveau des Etats frontaliers met l'accent sur le découpage territorial des circonscriptions administratives. A cet effet, son acte constituant précise que « la République démocratique du Congo est composée de la ville de Kinshasa et de 25 provinces dotées de la personnalité juridique⁹⁵ ». La République fédérale du Nigeria obéit à une logique similaire en précisant que « Nigeria shall be a federation consisting of States and a Federal capital territory...there shall be 36 states in Nigeria..⁹⁶ ». Le constituant érythréen dans une approche pas très éloignée parle du territoire en mentionnant la consistance de ces éléments constitutifs. En outre sa constitution s'ouvre en des termes fermes et clairs « The State of Eritrea and its territory⁹⁷ ». Le texte continue en précisant que « the territory of Eritrea consist of all its territories , including the islands , territorial water and airspace ,delineated by recognised boundaries.⁹⁸ » Cette formulation de la délimitation du territoire en se basant sur sa consistance rencontre aussi l'adhésion du constituant équato-guinéen lorsqu'il

⁹⁵ Voir l'article 2 de la Constitution de la République du Congo.

⁹⁶ Voir Chapter I-Part 1 – 2.1 et 2.2 de la Constitution de la République Fédérale du Nigeria.

⁹⁷ Voir Chapter I-art.1 de la Constitution de la République d'Erythrée.

⁹⁸ Voir Chapter I-art.1-1-2 de la Constitution de la République d'Erythrée.

affirme que :

« Le territoire de la Guinée équatoriale se compose de la zone continentale dénommée Rio Muni, et les îles de Bioko ,Annobon, Corisco , Elobey Chico et les îlots adjacents , les eaux fluviales, la zone maritime, la plate-forme continentale que détermine la loi et l'espace aérien qu'elle couvre⁹⁹. » La détermination du territoire bénéficie d'un aménagement similaire lorsque le constituant ghanéen affirme que « the sovereign State of Ghana is a unitary republic consisting of those territories comprised in the regions which immediately before the coming into force of this constitution, existed in Ghana, including the territorial sea and the air space»¹⁰⁰. Toutefois, l'on peut remarquer que si le mérite revient à la constitution Sud soudanaise d'avoir procédé à une définition des plus précise de la consistance et des frontières de son territoire, elle ne fait pas état de sa superficie d'où l'intérêt que recèle d'autres constitutions.

2. La délimitation par la superficie du territoire

La délimitation du territoire par la constitution tchadienne quoique n'ayant pas la même figure que celle du Sud Soudan précédemment examinée, a tout de même choisi un critère de détermination différente de la précédente. En effet, celui-ci repose sur la superficie du territoire de l'État. Ainsi, peut-on lire à l'article 2 de cette constitution que : « *d'une superficie d'un million deux cent quatre-vingt quatre mille (1 284 000) km², la République du Tchad est organisée en collectivités territoriales décentralisées dont l'autonomie est garantie par la constitution* ». C'est exactement cette détermination faite de la superficie du territoire tchadien qui fait la spécificité de la constitution tchadienne par rapport au territoire. Car avec l'exemple du Sud Soudan, il s'agit des cas qui ne sont que rarement perceptibles quand l'on procède à l'analyse des constitutions de nombreux États africains, lesquelles se limitent le

⁹⁹ Voir l'article 3 de la constitution de la République de Guinée équatoriale.

¹⁰⁰ Voir chapter two -1 de la constitution de la République du Ghana.

plus souvent à ne procéder qu'à une répartition des circonscriptions administratives et des collectivités territoriales décentralisées, comme c'est d'ailleurs le cas de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008¹⁰¹, ou en unités de commandement administratif, à l'instar des régions, des départements et arrondissements.

C'est donc en toute logique qu'excepté les cas du Sud Soudan, du Tchad et certaines autres constitutions, où on pourrait faire la remarque des précisions ci-dessus examinées, la plupart des territoires d'Etats africains ont leurs frontières ainsi que leurs superficies définies dans les instruments internationaux¹⁰², parfois à l'issue d'accords ou de conférences auxquels ils n'étaient guère parties¹⁰³. C'est sans doute la raison pour laquelle dans ces constitutions il est plus récurrent de voir plutôt la consécration de principes et de mesures de garantie de l'intégrité ou de l'inviolabilité du territoire.

B. La variation des principes de la garantie de l'intégrité du territoire

Une lecture cursive des constitutions africaines permet de dégager principalement deux ordres de principes qui militent à la faveur de la garantie de l'intégrité du territoire. Il s'agit notamment du principe de l'indivisibilité de la République d'une part (1), et du principe de l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du territoire d'autre part (2).

1. Le principe de l'indivisibilité de la République

L'indivisibilité est un dogme majeur de la vision des révolutionnaires de 1789, et c'est

¹⁰¹ Art. 55 et suivant de la constitution camerounaise.

¹⁰² Voir AKONO C-J., La frontière maritime entre le Cameroun et le Nigéria d'après la Cour Internationale de Justice, Mémoire DEA, Droit public international, FSJP-UD, 2003-2004, pp.21 et suiv.

¹⁰³ Ainsi en est-il de la fameuse conférence de Berlin de 1884 qui a décidé du partage de l'Afrique.

l'un des principes fondamentaux du droit constitutionnel depuis la révolution. Il est traditionnellement appliqué à chacun des éléments constitutifs de l'État: le territoire, le peuple, et l'organisation politique se limitent au territoire. Il vise à empêcher la division du territoire et procède de l'indivisibilité de la souveraineté ainsi que le rappelle le constituant sud-africain¹⁰⁴. Concrètement, il est garant à la fois de l'unité de l'État et du peuple de cet État.

Ainsi, d'une part, le principe d'indivisibilité signifie que la République est conçue au sein d'un État unitaire dans lequel la souveraineté nationale est indivisible, contrairement à l'État fédéral où la souveraineté est fragmentée entre différents États fédérés. Il implique le respect du caractère unitaire de l'État, et s'oppose par conséquent à toute évolution des statuts des collectivités territoriales qui aboutirait à un système fédéral. L'État unitaire est le seul détenteur de la souveraineté et ne comporte qu'un seul centre d'impulsion politique et gouvernemental. Le principe d'indivisibilité de la République offre un fondement constitutionnel à la forme unitaire de la République. En Afrique, plusieurs constitutions consacrent le caractère unitaire de l'État, employant le plus souvent le mot unité à côté de celui d'indivisibilité. Il en est ainsi notamment de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008 qui dispose que : « La République du Cameroun est un Etat unitaire décentralisé. Elle est une et indivisible... »¹⁰⁵. L'on peut aussi évoquer la constitution du Congo Brazzaville d'après laquelle « la République du Congo est un Etat de droit, souverain, unitaire et indivisible... »¹⁰⁶. Étant donné que le caractère unitaire repose sur une forme d'État dominée par un seul centre de décision, d'impulsion et d'animation, on constate qu'une volonté unique se propage à travers le territoire et c'est l'idée de centralisme administratif qui d'après Alexis de Tocqueville¹⁰⁷ se comprend comme la « concentration dans un même lieu et dans une même main, de la capacité de diriger les intérêts propres à chacune des parties de la nation ; et

¹⁰⁴ Voir chapitre 3-s41-a de la constitution de la république d'Afrique du Sud.

¹⁰⁵ Art. 1 al.2 de la constitution camerounaise telle que révisée le 14 avril 2008.

¹⁰⁶ Art. 1er de cette constitution.

¹⁰⁷ OZOUF M., « Fortune et infortune : d'un mot », le débat, N°13, 1981, p.40.

pour ce faire, à se rapporter non aux mœurs, aux habitudes et convenances locales mais à un système élaboré au siège du gouvernement et partout appliqué par ses agents ».

D'autre part, le principe de l'indivisibilité de la République implique également celui de l'indivisibilité du peuple, celui-ci étant entendu comme tous ceux qui sont liés à l'État par le lien de nationalité, sans distinction d'origine, de race, ni de religion. C'est notamment à la faveur de cette unité recherchée du peuple que de nombreuses constitutions africaines à l'instar de celle du Cameroun suscitée, consacrent le droit des minorités¹⁰⁸, ou mieux le droit à la différence. Le peuple est donc traité sous la base d'une égalité non pas arithmétique, mais une égalité qui admette la différence, ceci à la faveur de la préservation de l'intégrité du territoire, de son unité, surtout quand on sait combien le peuple de certains États africains peut être composite, comme le témoigne d'ailleurs si bien le cas camerounais où l'on répertorie plus de trois cents groupes ethniques. Car cette diversité si elle concoure à faire la richesse de l'État, peut aussi bien en constituer le déclin si certaines considérations ne sont pas prises en comptes. Pour s'en convaincre, il suffit de se rendre compte du lot de revendications identitaires du Nord-ouest et du Sud-ouest au Cameroun.

L'unité du peuple se révèle donc à coup sûr nécessaire pour la préservation et la garantie de l'intégrité du territoire de l'État. Si donc il en est ainsi du principe d'indivisibilité de la République, quid de celui de l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du territoire ?

2. L'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du territoire

L'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du territoire dans les constitutions africaines se décline souvent en devoir fait aux citoyens de défendre l'intégrité

¹⁰⁸ DONFACK SOKENG L., Le droit des minorités et des peuples autochtones au Cameroun, Thèse de Doctorat en droit public à l'Université de Nantes en 2001.

territoriale, au droit reconnu à l'Etat de recourir à la justice en cas d'atteinte à l'intégrité territoriale, mais aussi en une consécration des régimes d'exception en réponse à des empiètements territoriaux.

La quasi-totalité des constitutions africaines fait de la défense de l'intégrité du territoire national, un devoir pour le citoyen, en dehors du rôle qui est celui des forces armées et du Président de la République de sauvegarder l'intégrité et l'indépendance de l'État¹⁰⁹. Le citoyen joue un rôle central en matière de défense du territoire national. Les dispositions constitutionnelles sont éloquentes à ce sujet. L'article 76 de la constitution algérienne dispose par exemple que : « *Tout citoyen a le devoir de protéger et de sauvegarder l'indépendance du pays, sa souveraineté et l'intégrité de son territoire national, l'unité de son peuple, la constitution en fait un devoir sacré pour tout citoyen* »¹¹⁰. Il est prescrit l'obligation de respecter la constitution, et même de protéger l'environnement. L'affirmation du rôle du citoyen dans la protection du territoire est consacrée au préambule de la constitution du Cameroun du 18 Janvier 1996. Le constituant égyptien est resté sur la fermeté en précisant que « la défense de la patrie et de son territoire est un devoir sacré et le service militaire est obligatoire¹¹¹ ». Ce rôle reconnu aux citoyens peut s'interpréter comme procédant du fait que l'exercice du pouvoir est fait au nom du peuple qui en est le détenteur exclusif. Ainsi, pour éviter que les populations soient instrumentalisées, la reconnaissance d'un tel devoir aux citoyens est nécessaire. Par ailleurs, le territoire fait partie du patrimoine national. De ce fait, sa défense doit être un devoir, et le premier devoir de tout citoyen. C'est la raison pour laquelle certaines constitutions en font un devoir sacré.

Outre ce rôle prépondérant reconnu au citoyen pour la sauvegarde de l'intégrité du territoire comme le fait le constituant gabonais¹¹², les États africains affirment leur attachement aux principes consacrés par les différentes conventions

¹⁰⁹ Article 39 de la constitution du Sénégal révisée en 2016

¹¹⁰ Article 32 de la constitution du Benin op.cit.

¹¹¹ Voir l'article 58 de la constitution égyptienne.

¹¹² Voir l'article 8 de la constitution de la République du Gabon.

internationales, notamment la Charte des Nations Unies¹¹³. Comme corollaire, ils s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat ; en s'engageant à régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger¹¹⁴. C'est dans cette perspective notamment que l'État du Cameroun avait décidé de soumettre le différend l'opposant au Nigéria au sujet de la péninsule de Bakassi à la CI J¹¹⁵. Toutefois, il peut arriver que les voies pacifiques s'avèrent inappropriées pour la protection du territoire. Dans ce cas, le recours à la force devient légitime, et en de pareilles circonstances, le chef de l'État peut faire usage des régimes d'exception inscrits dans la constitution.

Après l'indépendance, les constitutions africaines, au départ sont une imitation de celles de la métropole et vont évoluer vers des formes spécifiques de présidentielisme. La prépondérance de l'exécutif est partout éclatante. La position du chef de l'État est renforcée et les autres organes lui sont subordonnés¹¹⁶. Le président va donc apparaître comme « *l'unique pilier de sauvegarde de l'État en cas de nécessité* ».

Il en est ainsi des cas d'atteintes à l'intégrité du territoire. Le constituant béninois est explicite sur ce point. Il suffit d'exposer les termes de l'article 141 de la constitution du Benin pour s'en convaincre : « *Le Président de la République et le Chef de l'État (...) Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité territoriale et du respect de la constitution, (...)* ». L'article 68 renchérit en ces termes : « *lorsque (...) l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacées de manière grave (...),*

¹¹³ Préambule de la constitution du Cameroun de 1996 op.cit ; préambule de la constitution du Tchad op.cit.

¹¹⁴ Article 2 de la charte des Nations Unies.

¹¹⁵ AKONO C.J., La frontière maritime entre le Cameroun et le Nigeria d'après la Cour Internationale de Justice, Mémoire de DEA, Droit international Public, FSJP, UD, 2003-2004, pp.64 et suiv.

¹¹⁶ OWONA J., Droit constitutionnel et régimes politiques africains, Monde en devenir - XIV. 3. 1985. p.262

le Président de la République ...» peut prendre les mesures exceptionnelles exigées par les circonstances sans que les droits des citoyens garantis par la constitution soient suspendus. La quasi-totalité des constitutions des États de l'Afrique Noire francophone consacre la défense du territoire national par l'usage des régimes exceptionnels. Elles le font le plus souvent dans des termes assez similaires¹¹⁷. D'autres États consacrent le terme État d'exception¹¹⁸, l'État d'urgence ou l'État de siège¹¹⁹ en fonction de la gravité des atteintes portées à l'État ou à son territoire. L'État d'urgence, en ce qui concerne le Cameroun est strictement réglementé par une loi par contre, l'État d'exception demeure non encadré, les circonstances justifiant sa mise en œuvre étant toutes contenues dans la constitution. Ce qui tend à faire du Président de la République le dépositaire d'un pouvoir législatif spécial, qu'il exerce par la voie de décisions présidentielles, dans la mesure où il doit prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaire pour rétablir l'ordre initial. On peut dès lors penser que dans ce cas, la protection des droits de l'Homme et libertés fondamentaux sont laissés à l'appréciation du Président, même si parfois, précision est faite de ne point porter atteinte aux droits fondamentaux comme le précise l'article 68 de la constitution béninoise¹²⁰. Il est à rappeler que toute agression ou action susceptibles de faire perdre à l'État sur toute ou partie de sa souveraineté est assimilée à une atteinte à l'intégrité territoriale. En de pareilles circonstances, les constitutions africaines prévoient parfois que puissent être mis en œuvre les accords de coopération militaire ou de défense existants¹²¹.

De l'analyse ci-dessus, le traitement du territoire par les constituants africains présente une convergence asymétrique qui révèle l'idée que chaque Etat se fait de sa protection. Toutefois, ces territoires font face à de multiples obstacles qui sans

¹¹⁷L'article 47 de la constitution sénégalaise commence ainsi : « lorsque les institutions de la république, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux... », Voir aussi la constitution du Gabon révisée en 2003.

¹¹⁸Constitution du Cameroun de 1996 telle que révisée le 14 avril 2008.

¹¹⁹Article 25 de la constitution Gabonaise précitée

¹²⁰Constitution de la République du Bénin du 11 Décembre 1990

¹²¹Article 66 de la constitution de la république du Benin op.ci.

être absolus peuvent être surmontés par la prise en compte de nombreuses considérations.

II. La quête d'un aménagement stable du territoire par les constitutions africaines

L'aménagement du territoire dans les constitutions africaines conduit en pratique à sa protection. A l'épreuve de sa mise en œuvre, cette protection éprouvée appelle une quête de stabilité. Au-delà de la considération selon laquelle la définition de la consistance, des frontières et de la superficie du territoire comme telle que faite successivement par les constitutions Sud soudanise et tchadienne ne se retrouve pas dans la quasi-majorité des constitutions africaine mais est plutôt l'œuvre des conventions internationales, l'on remarque aussi une fragilisation de la protection de l'intégrité du territoire. La protection constitutionnelle du territoire fait donc face à de multiples obstacles **(A)**, quoique des mesures palliatives puissent être envisagées **(B)**.

A. Les obstacles à une protection efficace de l'intégrité du territoire

Dans le cadre du droit constitutionnel, le territoire désigne l'élément géographique sur lequel se fixe la population et s'implante l'Etat. Par rapport à la population qui est l'élément actif, la population est l'élément actif dont certaines dimensions offensives peuvent constituer des atteintes à l'intégrité du territoire. Ces obstacles s'apprécient au double plan interne (1) et externe (2).

I. Les obstacles d'ordre interne : hypothèse d'une reconnaissance d'un droit de cession et de sécession

Par cession, il faut entendre un détachement d'une partie du territoire voulu par consentement ou même le fait de céder un droit à une tierce personne par consentement. Au regard de ces différentes appréhensions de la notion de cession, on peut être amené à se demander comment les constitutions de certains pays³⁷ puissent admettre une possibilité de cession d'une partie du territoire bien même que lesdites constitutions formulent et appuient avec force le principe de l'intangibilité des frontières ou même l'incessibilité territoriale voir indivisibilité¹²². Selon SAÏD MOHAMED, Il peut paraître audacieux de parler d'un droit de cession tant que le principe de l'indivisibilité de la République est intimement lié à celle-ci¹²³. La possibilité de cession ici paraît surprenante car l'unité territoriale et cession paraissent différentes et difficiles à s'accommoder car comme on aperçoit dans les dires de R. DEBBACHE, le principe de l'indivisibilité était dès l'origine étroitement associé à celui de l'unité¹²⁴, pour dire que l'unité territoriale et l'indivisibilité ne peuvent se confondre.

Bien que ce sujet ait de vives critiques et fasse l'objet de discussions juridiques et politiques, l'interdiction de cession apparaît pourtant comme une donnée anticonstitutionnelle au travers de la disposition constitutionnelle prévoyant le droit pour un peuple à l'auto-détermination. En effet, c'est par la mise en œuvre de ce

¹²²Cas de la République du Gabon.

¹²³Al.2, art.1er de la constitution camerounaise de 1996 ; art. 1C1 de la constitution algérienne ; chapitre.3.41a of the Southern african's constitution ; art.2 de la constitution du Benin .SAID MOHAMED, in « Le principe de l'indivisibilité de la république et le droit de certains territoires à faire cession », DEBBACHE (R.), Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la république, Paris, Economica, PUAM, 1988.

Notamment en Casamance sous administrations sénégalaises ou même au Sahara occidentale sous domination marocaine dont la reconnaissance par l'union africaine a généré une tension diplomatique entre l'institution et l'État du Maroc.

¹²⁴ Voir aussi l'art. 114 al.3 de la constitution gabonaise.

principe qu'on a assisté à la création du nouvel Etat Sud-Soudanais sur le sol africain.

Au regard de ce droit à la cession, des vellétés sécessionniste s'observent un peu partout en Afrique. C'est notamment le cas actuellement au Cameroun avec le mouvement sécessionniste qui se réclame les régions anglophones du pays pour en faire un État à part entier, État qu'il nomme sous le vocable « d'Ambazonie ».

La possibilité de reconnaissance d'un droit de cession pour un peuple peut aussi s'appréhender à travers l'organisation des consultations populaires au référendum. C'est par ce processus que la République des COMORES fut créée. En effet, l'exercice ou la mise en marche du droit à l'auto-détermination par l'exercice référendaire constitue une forme de reconnaissance constitutionnelle même indirecte de cession, car le référendum pour la cession d'une partie du territoire peut être organisé au sein du groupement désirant accéder à la souveraineté et ayant comme conséquence une modification de la forme territoriale de l'État.

Outre le principe de l'indivisibilité dénaturé, le droit la reconnaissance d'un droit de cession du territoire constitue aussi une atteinte aux clauses d'éternité qui consacrent la garantie de l'intégrité du territoire. L'hypothèse de cession d'une partie du territoire est notamment visible à l'article 145 de la constitution béninoise quoique cela ne puisse être rendue possible qu'en vertu d'une loi ou après consentement des populations intéressées par l'idée de cession⁴¹.

En définitive, le droit de cession ou même la possibilité de cession d'une partie du territoire bien que méconnu par les constitutions de certains États africains (constitution égyptienne notamment) trouve néanmoins un terrain favorable au sein des constitutions d'autres États quoique strictement encadré. Sur ce point, à la constitution rwandaise d'affirmer que « *nulle cession, nul échange, nulle adjonction, d'un territoire n'est permis sans le consentement du peuple Rwandais consulté par référendum* »¹²⁵.

¹²⁵Art. 189 de la constitution rwandaise

2. Les obstacles d'ordre externe aux États

La garantie de l'intégrité du territoire telle que voulue par les constitutions africaines n'est pas seulement fragilisées par les velléités internes mais des facteurs extérieurs s'y mêlent également. Aux rangs de ceux-ci, l'on peut citer le cas du terrorisme auquel de nombreux États africains font face depuis quelques décennies¹²⁶. C'est ainsi qu'au gré des actions menées par des milices armées avec pour unique ambition la déstabilisation des États africains en général et de l'Afrique en particulier, on a assisté, au mépris des dispositions constitutionnelles maliennes arguant l'indivisibilité de la République et l'intangibilité du territoire, à la proclamation de la souveraineté de la partie Nord du Mali¹²⁷.

Il faut aussi dire qu'au-delà de la seule cession, un droit de sécession est aussi reconnu par l'adhésion des États africains à des conventions qui consacrent le droit des peuples à l'autodétermination, à l'instar de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

Aussi, la question des représentations diplomatiques peut être évoquée. La problématique de l'extension des frontières au travers des accords et échanges internationaux car selon les dispositions régissant le droit international, l'ambassade ou la représentation diplomatique d'un État sur le territoire d'un autre État constitue pour lui un espace de souveraineté, laquelle souveraineté ne peut être attentée par l'État d'accueil, car le fait pour un État d'admettre des espaces de souveraineté sur son territoire au bénéfice d'autres États peut dans une certaine mesure constituer une atteinte à l'intégrité du territoire étant donné que la représentation diplomatique est considérée comme rattachée au territoire de l'État étranger, et l'État d'accueil quoique souverain sur son territoire se trouve par ce fait même limité. Sauf cas de non-réciprocité, il ne peut se prévaloir d'aucun droit sur cette partie de son territoire.

¹²⁶ BOKO HARAM autour du lac Tchad, les mouvements sécessionnistes en RDC et même dans la partie Septentrionale du MALI

¹²⁷ Art 25 de la constitution Malienne adoptée par referendum le 12 Janvier 1992.

De cette considération découle l'insuffisance des frontières¹ comme limites du territoire de l'État.

Face à ces multiples obstacles auxquels se heurtent l'ambition des constitutions africaines à garantir l'intégrité du territoire de l'État, des solutions palliatives peuvent être envisagées, non seulement pour une protection efficace du territoire, mais aussi pour un meilleur aménagement de celui-ci.

B. L'affermissement de la protection du territoire par les constitutions africaines

L'audace de vouloir évoquer les palliatifs aux obstacles peut paraître outrageante en droit constitutionnel. Les freins relatifs à la protection du territoire par les constitutions africaines peuvent pousser à esquisser des éléments non moins nécessaires qui pourraient permettre autant que faire, peut aboutir ou déboucher à un déclin des clivages par contraste avec leur actuel usage généralisé. Il en est ainsi dans la mesure où les conditions d'émergence des clivages, ancrés dans des situations de confinement territorial et d'enfermement social, sont visibles au sein des pays africains. Il est à la fois judicieux et impérieux pour une plus grande considération en vue de l'encadrement du territoire que les constitutions africaines d'une façon non moins éclatante puissent déterminer une meilleure mise en compte du territoire, lequel est une donnée de l'Etat et dont les individus mal intentionnés sont à la quête ou conquête permanente.

A cet effet, il convient d'esquisser des palliatifs dans l'optique d'anéantir les failles observables à l'intégrité ou à l'indivisibilité du territoire. A cela, le dépassement des clivages tous azimuts **(1)** et l'implémentation d'une gouvernance sociale équitable **(2)** sont des aspects parmi d'autres qui pourraient améliorer le traitement du territoire par les constitutions africaines.

1. Le dépassement des clivages et le renforcement de la culture de défense nationale

Nous sommes sans ignorer que la formation des clivages débouche à une

opposition, segmentation ou division pareille situation ne peut aucunement permettre que le territoire dans lequel les Etats exercent leur souveraineté soit protégé. Ainsi les clivages social, politique, culturel, idéologique, structurel, institutionnalisé devaient être maîtrisés et la volonté du vivre ensemble doit prendre l'ascendance afin que la protection du territoire soit garantie par chacun de manière inconditionnelle. L'intégrité et l'inviolabilité du territoire y vont d'un intérêt supérieur car dans un territoire menacé ou en péril il ne fait pas bon vivre et ce qui est une tare à combattre. Dans la même perspective l'article 38 de la constitution du Maroc est clair en disposant que « tous les citoyens et les citoyennes contribuent à la défense de la patrie et de son intégrité territoriale contre toute agression ou menace »¹²⁸. C'est dire que ce n'est pas seulement l'affaire des pouvoirs publics, mais aussi toute personne est appelée à constituer de manière significative à protéger l'intégrité du territoire contre les groupes terroristes et autres mouvements sans foi ni loi en quête d'occuper une quelconque partie du territoire et ce pour des besoins illégitimes et illégaux. Afin de permettre aux citoyens de remplir pleinement cette défense de l'intégrité, il paraît judicieux de renforcer sa culture de défense en organisant des sessions de formations militaires ou à défaut créer des centres de formations civiques pour les jeunes dont l'âge restera à déterminer par chaque Etat. De même, la consolidation des systèmes territoriaux, la standardisation culturelle¹²⁹ sont de nature à donner sens à la protection du territoire. Il faut reconnaître que « créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste dans lequel les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et harmonieux de chaque Etat tant dans sa dimension temporelle, culturelle que spirituelle »¹³⁰.

Toutes les sociétés politiques modernes comportent un corps de règles écrites ou non qui sont destinées à fixer les modalités de conquête et d'exercice du pouvoir

¹²⁸ Voir constitution du Maroc article 38.

¹²⁹ Stefano B « La formation des clivages », Revue internationale de politique comparée, 2005, P 116.

¹³⁰ HOLO. T, « L'esprit de la constitution ». journées de réflexion sur la constitution du 11 Décembre 1990, les actes, IDH, 07 et 08 Août 2006.

d'Etat. A cet effet, les constitutions africaines doivent occuper une place de choix dans tous les régimes politiques contemporains en Afrique. Il est important que les uns et les autres comprennent la lettre et l'esprit des principes posés par les constitutions, évacuer les risques liés au caractère laconique ou, à tout, il convient de contribuer à la création d'une opinion dotée d'un intérêt rassembleur.

« Une constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique »¹³¹ disait le Général de Gaulle. Très souvent les constitutions subissent des pressions de toutes parts, qui conduisent à son urgent toilettage afin de pallier les insuffisances qu'elles comportent et les problèmes pratiques qu'elles génèrent. L'existence d'une volonté motrice de coopérer dans la paix et l'amitié avec tous les peuples qui partagent les idéaux de liberté, de justice, de solidarité humaine, sur la base des principes d'égalité, d'intérêt réciproque et de respect mutuel de la souveraineté nationale et de l'intégrité territoriale devrait véritablement être respectée et appliquée dans l'optique de garantir la sécurité des hommes, les institutions et le territoire dans lequel les deux premiers se trouvent.

Il faut aussi le renforcement et la consolidation de l'unité africaine afin de réaliser l'intégration sous régionale et régionale¹³². Nous préconisons à n'en point douter des valeurs d'union et non d'exclusion qui cimentent les particularismes civilisationnels de l'Afrique.

2. L'implémentation d'une gouvernance sociale équitable

Pour arriver à une situation où les constitutions africaines encadrent avec un grand degré d'efficacité le territoire, il n'est pas moins nécessaire que toutes les couches sociales agissent avec synergie. Chacun est appelé à apporter sa pierre à l'édifice pour le bon fonctionnement des institutions de la République. C'est quand tout le

¹³¹ DURET R., « L'esprit de la constitution de la V^e république », consulté le 20 août 2017 à 17h sur www.doc-du-juriste.com.

¹³² ATANGANA E.J.L., « Constitutions africaines et Panafricanisme », *Mosaïque, Revue Panafricaine des Sciences Juridiques Comparées*, n°8, 2014, pp.57-117.

monde est impliqué activement qu'on pourrait espérer à une véritable protection du territoire contre les atteintes à l'intégrité de celui-ci. L'intégrité des frontières, est l'une des plus importantes règles du droit international. Ce principe a supplanté le droit à l'auto-détermination dans la période postcoloniale : « Des deux principes fondamentaux du droit international général, de principe de l'égalité souveraine des Etats et le principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, le principe de l'égalité souveraine des Etats nous semble se situer au sommet de la hiérarchie des normes du droit international ». ¹³³

Il est nécessaire de bien gérer les disparités sociales, évacuant pour ainsi dire le favoritisme d'un groupe au détriment d'un autre. On doit traiter chacun de la même manière dans les mêmes conditions. La formation d'alliances trans-locales basées sur une similitude d'intérêts et les éléments d'une identité collective devraient conduire à définir les stratégies territoriales de sécurité. A cet effet, un diagnostic organisationnel du territoire par les constitutions permet de mettre en perspective des moyens et ressources au regard des finalités et des missions de chacun.

À partir de la décentralisation effective et efficace, il est aisé de contrôler l'ensemble du territoire et intégrer les différentes composantes. Bien plus, il ne serait pas inutile de coupler décentralisation et aménagement devaient former un couple inséparable qui se construit sur les synergies entre tous les acteurs intervenants à différentes échelles, locale, nationale, régionale. En effet, les superficies sont énormes et les frontières sont poreuses avec une quasi-inexistence de surveillance ou de sécurisation. Ceci permet l'accès et l'occupation du territoire par des groupes terroristes, de s'installer voire de régner en souverain tout en bafouant les droits humains. La bonne gouvernance peut concourir efficacement à la protection du territoire. L'Afrique a encore du chemin à faire dans ce sens, il faut souligner avec pertinence que l'unité d'un territoire peut considérablement conduire à limiter significativement les obstacles à la protection du territoire par les constitutions

¹³³ TOURET D., « Le principe de Légalité souveraine des Etats, fondement du droit international », Revue Général de Droit International Public (1), janvier-mars 1973, p.136.

africaines. Le territoire africain peut être protégé, chose sans doute pas facile, mais pas impossible. Toute relève de la volonté ferme des uns et des autres afin de raffermir cet idéal.

En somme, la constitution, norme fondamentale de l'État, est le socle d'organisation institutionnelle de celui-ci. À cet effet, elle organise la vie politique, les compétences, garantit les droits des citoyens, et définit également l'aménagement du territoire de l'État. La réflexion sur les constitutions africaines et le territoire a été le point d'ancrage de la présente analyse. Ladite réflexion ayant révélé le problème de l'encadrement du territoire par les constitutions africaines, d'où la question de savoir comment les constitutions africaines encadrent-elles le territoire ? En s'interrogeant sur ledit encadrement, l'analyse a saisi le territoire comme espace de souveraineté exclusif de l'État, a été axée d'une part sur l'aménagement variable du territoire dans les constitutions africaines et d'autre part sur l'appréciation dudit aménagement. Le premier volet a donc consisté à montrer la définition des frontières du territoire par les constitutions africaines qui n'est que le propre de certaines constitutions d'exception, ainsi que la protection dudit territoire à travers la consécration de divers principes allant dans ce sens. Le second volet a permis de mettre à jour les divers obstacles à la fois d'ordre interne qu'externe qui ébranlent la protection du territoire tel qu'aménagée par les constitutions africaines, lesquels obstacles sans être absolus peuvent toutefois être levés. Il faut néanmoins relever que, malgré les ébauches de mesures palliatives envisagées, n'en demeure pas moins que l'attrait des conflits multiformes sur les territoires d'États africains ces dernières décennies donnent tout de même à s'interroger si le problème de la protection du territoire ne réside pas moins dans son aménagement dans les constitutions que le renforcement des capacités de ceux qui ont la charge d'implémenter cette protection et à barrer la route à la nébuleuse d'un Etat-monde?

LA DELEGATION SPECIALE DANS LE DROIT DE LA DECENTRALISATION DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Jean MERMOZ BIKORO - Docteur Ph. D en Droit Public - Assistant à la Faculté des
Sciences Juridiques et Politiques - Université de Yaoundé II (Cameroun)

RESUME

Dans les Etats d'Afrique noire francophone, la formalisation de la décentralisation est allée de pair avec la création des Collectivités Territoriales Décentralisées et l'aménagement de leur régime de fonctionnement. La démarche retenue par les différentes législations consiste alors à permettre aux Collectivités en question de s'adapter à toutes les situations et de fonctionner de manière permanente. C'est ainsi qu'elles ont prévu comme remède à l'indisponibilité des autorités locales, la mise en place d'une délégation spéciale. Cependant, à la lecture des textes et au regard des pratiques administratives, il s'avère que la délégation spéciale au-delà du fait qu'elle pérennise l'action locale, contribue largement à renforcer la présence de l'Etat au niveau local. C'est à travers elle qu'on peut se rendre compte que la Présence de l'Etat est de trop dans le processus décentralisateur des Etats africains.

La continuité du service public autrefois systématisée par Louis ROLLAND¹³⁴ a résisté au temps. Elle trouve même de nos jours de nouveaux champs d'expression à l'instar du service public communautaire¹³⁵ et du service public local¹³⁶. Cela est consécutif au fait que le droit en général, et le droit public en particulier fait preuve de prédictibilité¹³⁷ dans l'aménagement du fonctionnement des institutions. Il prévoit que celles-ci puissent fonctionner harmonieusement sans interruption ni situation d'urgence, mais envisage aussi l'hypothèse des crises susceptibles d'affecter lesdites institutions au point d'aboutir à leur discontinuité ou à leur interruption. L'objectif est ainsi de faciliter leur adaptation aux situations de crise afin de garantir leur continuité. C'est ainsi que dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique

¹³⁴ On doit à Louis Rolland la systématisation des principes de fonctionnement du service public. Selon cet auteur, les principes en question sont au nombre de trois à savoir : la continuité, la mutabilité et l'égalité devant le service public. Pour un approfondissement, lire : Rolland (L.), Précis de droit administratif, Paris, Dalloz, 2e éd., 1928, pp.15-21.

¹³⁵ L'une des illustrations des mutations du droit public contemporain est sans doute, l'administrativisation du droit communautaire. Elle se traduit par la pénétration du droit administratif dans le champ communautaire. On retrouve ainsi à l'échelle communautaire, une fonction publique et des services publics. Lire dans ce sens : Bottini (F.), « Le service public français face au service d'intérêt général communautaire. La compatibilité des conceptions françaises et communautaire du service d'utilité publique en question », ha.archives-ouvertes.fr, pp. 1-26 consulté le 25 avril 2020 ; Lire aussi : Garcerie (S.), « Service public et droit communautaire. Une nouvelle "crise" de la notion de service public en droit administratif français ? », *Sociétés Contemporaines*, n°32, 1998, pp.37-57. Auby (JB) et Dutheil de la Rochère (J.), « A propos de la notion de Droit administratif européen. Introduction à l'ouvrage de droit administratif à paraître », *RFAP*, n°123, Vol.3, 2007, p. 373. On peut se référer aux mêmes auteurs in : *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1134p.

¹³⁶ Sur le service public local, lire utilement : Degni Segui (A.), *L'administration locale ivoirienne*, Thèse de doctorat en Droit Public, Aix-en-Provence, 1982 ; Barbier (V.), Frois (P.) et Le Masne (P.), « Service public local et développement durable », *RERU*, n°2, 2003, pp. 317-338 ; Douence (J-C), « Compétences locales, services publics locaux », *Annuaire des Collectivités locales*, n°28, 2008, pp.337-361.

¹³⁷ La prédictibilité du droit n'est que la traduction de sa vocation principale à savoir, régir les rapports entre les hommes dans la société. Elle vise pour les règles juridiques à encadrer lesdits rapports en prenant en compte, toutes les situations susceptibles de survenir. C'est ainsi qu'en dehors de l'accalmie et de la paix sociale, les crises font l'objet d'un encadrement juridique. Sur la prédictibilité du droit, lire : Laserre-Kiesow (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2282.

noire francophone, la délégation spéciale a été formalisée pour éviter des situations d'interruption des institutions locales.

Le vocable délégation peut être déroutant dès lors que cette expression est employée dans un sens spécifique dans la sémantique administrativiste. Traditionnellement, elle désigne « *l'acte unilatéral par lequel une autorité qui y est habilitée transfère une partie de sa compétence, son propre titre de compétence étant maintenu* »¹³⁸. C'est dire que dans le sens originaire, la délégation suppose un transfert volontaire et partiel d'une compétence de son titulaire à un autre organe appelé à l'exercer de manière temporaire¹³⁹. Dans ce sens classique, elle présente deux déclinaisons à savoir, la délégation de signature¹⁴⁰ et la délégation de pouvoirs¹⁴¹. Parler de délégation spéciale peut donc dérouter le lecteur parce que ce dernier peut avoir le sentiment qu'il s'agit d'un transfert spécial de compétence à un organe spécifique. Mais, il n'en est rien. Ce terme lorsqu'il est employé dans le droit de la décentralisation a une toute autre signification. En réalité, il désigne à titre principal, non pas un mécanisme de transfert de compétences, mais un organe. Il s'agit précisément de l'organe chargé d'exercer les fonctions locales à titre temporaire, en raison de l'indisponibilité ou de l'empêchement des titulaires desdites

¹³⁸ Maisl (H.), Recherches sur la notion de délégation de compétences en Droit Public, Thèse de doctorat en Droit Public, Université de Paris-2, 1972, p. 115. Lire aussi : Zilemenos (C.), Substitution et délégation en droit administratif français, Paris, LGDJ, 1964, 338p.

¹³⁹ Cette dimension temporaire est tributaire du fait que la délégation n'entraîne pas une dépossession de la compétence à son titulaire. La personne bénéficiaire d'une délégation est appelée à l'exercer pendant un délai limité. A l'expiration dudit délai, elle n'est plus autorisée à agir dans le domaine visé par la délégation. Lire dans ce sens : Lefoulon (A.), La notion de compétence des agents administratifs en droit français, Thèse de doctorat en droit public, Université de Rennes, 1970, pp. 259-263.

¹⁴⁰ La délégation de signature consiste pour le dépositaire d'un pouvoir à autoriser un ou plusieurs acteurs placés sous son autorité à signer certaines décisions en ses noms, lieu et place sous sa responsabilité et son autorité. Lire dans ce sens : Dumont (C.), « Les délégations », in Association française de droit administratif (Dir.), La compétence, Paris, Litec, 2008, p. 220.

¹⁴¹ Il y a délégation de pouvoir lorsque l'autorité à qui le pouvoir a été conféré décide de dessaisir d'une fraction de ces pouvoirs afin de les transférer à un organe subordonné. Lire : Dumont (C.), « Les délégations », op. cit. p. 221.

fonctions¹⁴². On note ainsi une spécification de l'appréhension de la délégation spéciale en droit de la décentralisation.

Pour mieux cerner le droit de la décentralisation, il est important de donner au préalable, un contenu à la décentralisation en tant que politique publique. Or, de cette notion, on pourrait *a priori* s'hasarder à avancer que « *tout a déjà été dit et l'on vient trop tard* », tant sa typologie¹⁴³, ses conditions de mise en œuvre ou d'effectivité¹⁴⁴ et sa finalité¹⁴⁵ sont suffisamment étudiées. Les auteurs qui la conceptualisent mettent en avant le fait qu'elle repose sur le transfert de compétence et de ressources et sur l'autonomie des Collectivités Territoriales Décentralisées. Pour **Charles EISENMANN**, la « *décentralisation administrative consiste à donner à des autorités à compétence locale des pouvoirs d'action, donc d'abord de décision, indépendantes des autorités centrales* »¹⁴⁶. Dans la même logique, pour **Roger BONNARD** la décentralisation désigne « *un mode d'organisation de l'administration locale dans laquelle la direction locale de certains services publics est assurée non plus par les représentants locaux du pouvoir central, mais par des autorités administratives locales qui sont des organes des directions ayant*

¹⁴² C'est l'hypothèse envisagée par Christophe Chabrot lorsqu'il parle de : « l'intervention des tiers dans la décision locale », in : La centralisation territoriale. Fondement et continuités en Droit Public français, Thèse de doctorat en Droit Public, Université de Montpellier I, 1997, p. 360.

¹⁴³ On distingue généralement la décentralisation territoriale et la décentralisation technique. Dans le premier cas, il s'agit pour l'administration de transférer un pouvoir administratif à des entités dont la compétence a un ancrage local. La seconde modalité par contre consiste à attribuer à des personnes publiques sous la bannière d'établissement public, une compétence spécifique. Lire utilement : Sy (D.), Droit administratif, 2^e éd. Dakar, L'Harmattan, 2014, p. 171.

¹⁴⁴ Relativement aux conditions, elles sont au nombre de trois à savoir, l'octroi de la personnalité juridique à l'entité à décentraliser, la libre administration des collectivités territoriales décentralisées par des organes élus ; et la reconnaissance d'intérêts propres aux collectivités en question. Voir : Velley (S.), Droit administratif, 8^e éd. Paris, Vuibert, 2011, p. 59.

¹⁴⁵ De manière générale, la finalité ultime de la décentralisation consiste à améliorer le cadre de vie des populations locales. Cette finalité est déclinée de manière détaillée par certains textes régissant la décentralisation dans les Etats d'Afrique noire francophone. Au Cameroun, l'article 5 alinéa de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des Collectivités Territoriales énonce que la décentralisation : « constitue l'axe fondamental de promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local ». Dans la doctrine, lire : Roïg (C.), « Théorie et réalité de la décentralisation », RFSP, n°3, 1966, p. 446.

¹⁴⁶ Eisenmann (C.), Cours de droit administratif, Paris, LGDJ, 1982, p. 278.

une certaine autonomie vis-à-vis du pouvoir central »¹⁴⁷. Si ces deux définitions retiennent les critères majeurs d'une politique de décentralisation à savoir le transfert de compétence et l'indépendance des élus locaux, elles minorent néanmoins un élément important à savoir, la tutelle. C'est pourquoi tout en retenant le transfert de compétence et l'autonomie locale comme éléments de définition, on va appréhender la décentralisation comme un système d'organisation administrative dans lequel le pouvoir central transfère des compétences et des ressources à des entités locales autonomes tout en conservant le pouvoir de tutelle¹⁴⁸.

La décentralisation faisant l'objet d'une pluridisciplinarité¹⁴⁹, il faut souligner que la présente étude a pour ambition de l'aborder sous le prisme juridique d'où le recours au vocable « *droit de la décentralisation* ». Par définition, il s'agit de l'ensemble des règles juridiques qui régissent la décentralisation dans un espace déterminé. C'est le lieu d'indiquer qu'à l'époque contemporaine, on assiste à une diversification des sources du droit de la décentralisation, car en dehors du droit national, elle fait désormais l'objet d'un encadrement international et communautaire¹⁵⁰. C'est cet ensemble de normes qui permettront d'analyser la délégation spéciale à partir des Etats d'Afrique noire francophone.

Le choix des Etats d'Afrique noire francophone n'est pas anodin. Il est guidé à la fois par la communauté linguistique et par la convergence des modèles ou des options juridiques des Etats en question¹⁵¹. Dans le premier cas, il faut souligner que pour

¹⁴⁷ Bonnard (R.), Précis de droit administratif, 4^e ed. Paris, LGDJ, 1943, p. 315.

¹⁴⁸ Faure (B.), Droit des collectivités territoriales, 3^e éd. Paris, Dalloz, 2014, p. 5.

¹⁴⁹ La pluridisciplinarité est consécutive au fait que la décentralisation est étudiée dans plusieurs champs scientifiques. Autant elle peut être analysée sous le prisme juridique, autant on note une récurrence des analyses économique, sociologique et politologique de la décentralisation. C'est dire qu'il s'agit d'une politique publique qui ne relève pas du ressort exclusif des études juridiques.

¹⁵⁰ Lire dans ce sens : Sohounou (E.), « Les chartes régionales de l'autonomie locale : vers un droit international de la décentralisation ? », Pouvoirs locaux, n°105, 2015, pp. 7-12.

¹⁵¹ La convergence des modèles juridiques traduit l'idée de proximité ou de ressemblance perceptible en Afrique noire francophone aussi bien en ce qui concerne les options que pour ce qui est des développements juridiques. En matière de décentralisation, c'est quasiment au début des années 1990 que cette politique publique a fait l'objet de constitutionnalisation. Le point commun entre

l'essentiel, il est question des Etats ayant subi l'influence coloniale française¹⁵² ou belge¹⁵³ ou ayant été confiés à la France dans le cadre d'un titre international en terme de tutelle ou de mandat¹⁵⁴. Ils ont donc tous en commun l'usage de la langue française ce qui facilite l'analyse du dispositif normatif régissant la décentralisation. La seconde raison quant à elle a trait à la convergence des politiques juridiques desdits Etats. De cette convergence, on note une grande proximité dans le contenu des réformes juridiques et des pratiques juridiques.

Il faut souligner que la décentralisation est une donnée récente¹⁵⁵ dans les Etats d'Afrique noire francophone¹⁵⁶. Avant le renouveau constitutionnel du début des années 1990¹⁵⁷, prévalaient des politiques centralisatrices et la forme centralisée de l'Etat était la plus courante¹⁵⁸. C'est le pouvoir central qui administrait le territoire local grâce à ses représentants locaux. C'est donc à ce dernier qu'il revenait de

différents Etats étant, l'emprise de l'Etat sur les Collectivités Territoriales Décentralisées. Voir : Balde (S.), *La convergence des modèles constitutionnels. Etude des cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, 536p. Lire aussi : Cabanis (A.) et Martin (J-L), « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *Mouvement du droit public, mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2005, pp.343-357.

¹⁵² Sans être exhaustif, on peut citer: le Bénin, le Burkina-Faso, la Centrafrique, le Congo, le Gabon, la Guinée, Le Mali, Le Niger, Le Sénégal, le Tchad.

¹⁵³ Il en est ainsi de la RDC et du Burundi.

¹⁵⁴ Il s'agit respectivement du Cameroun et du Togo.

¹⁵⁵ Il faut néanmoins préciser que les prémisses de la décentralisation sont perceptibles dès l'époque coloniale. Bien qu'ayant opté pour le système de l'administration directe, la France va procéder à la création des communes et moyen et de plein exercice dans les colonies. Tout au plus, les Etats ayant subi l'influence britannique à l'instar du Cameroun verront une partie du territoire géré par les populations indigènes dans le cadre de l'administration indirecte. Lire : Nach Mback (Ch.), « L'institution communale au Cameroun : Difficiles mutation d'un double legs colonial », *Solon, Revue Africaine de Parlementarisme et de Démocratie*, Vol. 2, n°1, 2003, pp. 128-154.

¹⁵⁶ Monembou (C.), « Le pouvoir règlementaire des collectivités locales dans les Etats d'Afrique noire francophone (les cas du Cameroun, du Gabon et du Sénégal) », *Revue CAMES/SJP*, n°002, 2015, p. 81. Lire également : Keudjeu de Keudjeu (J.R), *Recherches sur l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun*, Thèse de doctorat ph.d, Université de Douala, 2012, p.33.

¹⁵⁷ Cabanis (A) et Martin (M. L), « Décentralisation et pouvoirs locaux dans les constitutions d'Afrique francophone », *Politeia*, n°6, 2004, p. 77 ; On peut aussi se référer à : Aïvo (F-J), « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil Constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, p.292.

¹⁵⁸ Nlep (R-G), *L'administration publique camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, LGDJ, 1986, p. 109.

s'assurer de la continuité de l'administration déconcentrée afin que celle-ci réponde en permanence aux attentes des administrés. La centralisation ayant montré ses limites¹⁵⁹, les Etats africains vont s'orienter vers la décentralisation. Deux séries de raisons justifient cette orientation. D'une part, il s'agit d'une exigence des bailleurs de fonds internationaux, car la décentralisation était présentée par ceux-ci, comme la voie de sortie du sous-développement et de l'endettement¹⁶⁰. On pourrait rajouter que la décentralisation était inscrite au rang des indices de bonne gouvernance par lesdits bailleurs de fonds internationaux. D'autre part, la décentralisation n'a été que la conséquence de la démocratisation de l'Etat à la suite des réformes constitutionnelles du début des années 1990¹⁶¹. Il en est ainsi, car les mouvements de revendication de la fin des années 1980 avaient pour fait générateur sur le plan interne, le désir des populations de participer à la gestion des affaires publiques¹⁶². Toutefois, en choisissant de décentraliser, le pouvoir central s'est-il mis à l'écart dans la gestion des affaires locales ? La présente réflexion a pour ambition de montrer l'implication du pouvoir central dans la garantie de la continuité du pouvoir local et l'incidence de cette implication sur la libre administration des Collectivités Territoriales Décentralisées.

¹⁵⁹ Sindjoun (L.), « Quelle forme d'Etat pour l'Afrique ? », *Afrique 2000, Revue africaine de politique internationale*, Avril-Mai-Juin 1995, p. 48 ; Loada (A.), « Où en est l'administration publique ? », *L'Afrique politique*, 2001, pp. 29-30 ;

¹⁶⁰ Hond (J.T), « Etats des lieux de la décentralisation territoriale au Cameroun », In Magloire ONDOA dir. *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 94. Lire aussi : Poulin (Y.), « Les décentralisation en Afrique qu'avons-nous appris ? », *Télescope*, n°3, Vol. 11, 2004, p. 2.

¹⁶¹ Sur les mouvements de démocratisation du début des années 1990, lire utilement : Conac (G.) (dir.), *Les Institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone et de la République malgache*. Paris, Economica, 1979, 353p ; Dia (D.), *Les dynamiques de démocratisation en Afrique noire francophone*. Thèse de doctorat en Science Politique, Université Jean Moulin Lyon 3, 2010, 334p ; Dossou (R.), « Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, pp. 327-253. On peut aussi se référer à : Aïvo (F-J), « Les tendances émergents du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, pp. 289-309.

¹⁶² Cabanis (A.) et Martin (M-L), *Les Constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Paris, Karthala, 1999, p. 15. Lire également : Guimdo Dongmo (B.R), « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun », *RGD*, n° 29, 1998, p. 86 ; Ngane (S), *La décentralisation au Cameroun. Un enjeu de gouvernance*. Paris, Afrédit, 2008, 180.

Tout au plus, en prenant en compte les objectifs assignés à la décentralisation¹⁶³, le droit des Etats d'Afrique noire francophone a prévu une solution palliative à l'indisponibilité autorités locales, la délégation spéciale en l'occurrence¹⁶⁴. Reste à se demander si cette solution est adéquate dans un contexte marqué par le retour en force du pouvoir central dans le processus décentralisateur. C'est dans cette perspective que se pose la question de savoir, **Quelle est la portée de la délégation spéciale dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone ?** La plus-value de cette étude est duale car, elle a un aspect théorique et pratique. Du point de vue théorique, elle permet d'analyser comment le droit assure la continuité des fonctions locales en cas de cessation anticipée du mandat. Ce premier intérêt se justifie par la faiblesse quantitative des travaux sur la cessation des fonctions locales¹⁶⁵. La doctrine africaine semble privilégier des études visant la tutelle¹⁶⁶, la libre administration des Collectivités Territoriales Décentralisées¹⁶⁷ ou encore, l'autonomie locale¹⁶⁸. Le propos se focalise donc sur

¹⁶³ Dans la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019, il est indiqué à l'article 5 alinéa 2 que la décentralisation : « constitue l'axe fondamental de promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local ».

¹⁶⁴ Depuis le début des années 1990, on peut dénombrer plusieurs cas de mise en place des délégations spéciales dans les Etats d'Afrique noire francophone. L'exemple le plus frappant est celui du Togo du fait de l'allongement temporel de cet organe qui était censé travailler pour un laps de temps. En effet, dans cet Etat la délégation spéciale a duré de 2001 au 30 juin 2019. Au Gabon, on peut citer la mise en place de la délégation spéciale dans la commune de Libreville à la fin du mandat des élus locaux au soir du 12 janvier 2008.

¹⁶⁵ On peut néanmoins se référer à : Pekassa Ndam (M-G), « La cessation anticipée de fonctions des organes municipaux au Cameroun », in, Maurice Kamto, Stéphane Ndoumbe Bille et Brusil Miranda Metou (Dir.), Regards sur le droit public en Afrique, Mélanges en l'honneur du doyen Joseph Marie Bipoun Woum, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 297- 324.

¹⁶⁶ Guimdo Dongmo (B. R), « L'emprise de l'État sur l'exécutif communal au Cameroun (Regards sur la dynamique des rapports entre l'État et l'administration communale au Cameroun) », Lex Lata, n° 021, 1995, PP. 9-16 ; Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise : de la décentralisation à la recentralisation », RADSP, vol.1 n°1, 2013, pp.161-180 ; Kouomegne Noubissi (H.), décentralisation et centralisation au Cameroun : la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, L'Harmattan, 2013 ,450p ;

¹⁶⁷ Nanako (C.), La libre administration des collectivités territoriales au Bénin et au Niger, Thèse de doctorat en Droit Public, Université d'Abomey-Calavi, 2016, p. 118.

¹⁶⁸ Cabanis (A.) et Martin (L.), « Décentralisation et pouvoirs locaux dans les Constitutions d'Afrique francophone », Politeia, n°6, 2004, pp 75-83 ; Mede (N.), « L'autonomie retenue : étude sur le

l'un des remèdes à la cessation anticipée des fonctions locales. Au plan pratique, elle facilite la détermination du domaine de la délégation spéciale dans sa triple dimension procédurale, temporelle ou matérielle. De la mobilisation de l'exégèse et de l'analyse des pratiques administratives, il en ressort que la délégation spéciale a une portée ambivalente car, elle constitue à la fois, un palliatif à la cessation des fonctions locales (I) et un levier à la recentralisation administrative (II).

I. Un palliatif à la cessation des fonctions locales

D'un point de vue téléologique, l'objectif de la délégation spéciale est de pallier à la vacance ou à l'interruption des fonctions locales. Cela se justifie par fait qu'elle constitue un remède à l'indisponibilité des élus locaux (A) et pérennise de ce point de vue, l'action publique locale (B).

A. Un remède à l'indisponibilité des élus locaux

On peut appréhender l'indisponibilité des élus locaux au sens de l'impossibilité pour ceux-ci d'exercer les compétences qui leur sont dévolues par la législation¹⁶⁹. Dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, de nombreuses situations sont susceptibles d'entraîner l'indisponibilité des autorités décentralisées. Dans le but d'éviter la paralysie des institutions locales, les textes qui régissent les

principe de libre administration des collectivités territoriales en Afrique de l'Ouest francophone », Revue Juridique et politique des Etats francophones, Vol. 62, n°2, pp. 188-208. ; Ngono Tsimi (L.), L'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales décentralisées : l'exemple du Cameroun. Thèse de doctorat en droit public, Université Paris-Est Créteil vol. 2 De-Marhe, 2012 ,429p.

¹⁶⁹ Maillot (J-M), « L'indisponibilité des compétences en droit public français », LPA, n° 194, 2004, pp. 3-14.

Collectivités Territoriales Décentralisées procèdent à un traitement dual de cette indisponibilité en envisageant ses causes (1) et en prévoyant une solution (2).

1. La diversité des causes de l'indisponibilité des élus locaux

A l'analyse de la législation régissant des Etats d'Afrique noire francophone, il est possible de classer les causes d'indisponibilité des élus locaux en deux catégories à savoir, les mesures disciplinaires de la tutelle et les causes externes à la tutelle. Dans le premier cas, il est important de faire remarquer que la tutelle du pouvoir central s'est vu attribuer des pouvoirs renforcés dans le contrôle qu'elle exerce sur les Collectivités locales¹⁷⁰. En effet, dans la plupart des Etats, le pouvoir central exerce des mesures disciplinaires à l'endroit des autorités locales au point où il peut mettre fin à leur mandat. Au Cameroun, la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des Collectivités Territoriales Décentralisées dispose que « *Le Président de la République peut, par décret, après avis du Conseil Constitutionnel, dissoudre un Conseil Régional (...)* »¹⁷¹. Le même texte énonce que : « *le Président de la République peut, après avis du Conseil Constitutionnel, destituer le Président et le bureau Régional (...)* »¹⁷². Cette disposition qui n'est qu'une reprise de la loi fondamentale¹⁷³ est perceptible dans la législation des autres Etats. En République de Guinée, la dissolution du Conseil local est envisagée en cas de délit commis par au moins un tiers des membres¹⁷⁴. Au Sénégal, c'est plutôt le dysfonctionnement des collectivités locales qui est susceptible d'entraîner des mesures disciplinaires.

¹⁷⁰ Lire : Holo (T.), « La décentralisation au Bénin : mythe ou réalité ? », RBSJA, n°7, 1986 ; Nanako (C.), La libre administration des collectivités territoriales au Bénin et au Niger, Thèse de doctorat en Droit Public, Université d'Abomey-Calavi, 2016, p. 118.

¹⁷¹ Article 297 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁷² Article 315 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁷³ Lire utilement les articles 59 et 60 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée.

¹⁷⁴ Article 101 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

Le Code sénégalais des Collectivités locales dispose que « lorsque le fonctionnement d'un conseil départemental se révèle durablement impossible, sa dissolution peut être prononcée par décret après avis de la Cour Suprême »¹⁷⁵. Dans ces différents Etats, la prise des mesures disciplinaires entraîne une cessation des fonctions des autorités locales.

Plusieurs observations peuvent être formulées à l'analyse du dispositif normatif sus évoqué. La première a trait à l'autorité habilitée à mettre fin au mandat des élus locaux. En fonction des Etats, ce pouvoir est attribué tantôt au Président de la République, tantôt au ministre en charge de la décentralisation. Il y a ainsi variabilité d'options entre les Etats. En revanche, ce qui est constant, c'est la liberté de l'autorité de tutelle dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire à l'endroit des autorités locales¹⁷⁶. La seule formalité que certains textes imposent est la consultation du juge constitutionnel ou de la Cour Suprême sans indiquer la nature des avis. A bien y regarder, il s'agit des avis consultatifs dans la mesure où le désaccord de l'organe consulté n'a aucun impact sur la volonté de l'autorité de tutelle de mettre fin au mandat local. Il y a dès lors un risque de dévoiement de la délégation spéciale qui pourrait bon gré mal gré, être érigée en instrument de « *politique politicienne* » pour régler les antagonismes politiques entre autorités centrales et autorités locales rivales.

L'autre observation concerne la diversité voire, la variabilité des motifs de la mise en œuvre des mesures disciplinaires. Au Cameroun, de nombreux motifs sont répertoriés. On peut en effet envisager la dissolution ou la suspension du Conseil

¹⁷⁵ Article 52 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

¹⁷⁶ Il n'existe en principe pas de contraintes en direction de l'autorité de tutelle dans la mise en œuvre de son pouvoir disciplinaire. Celle-ci est en effet, juge de l'opportunité de la mobilisation dudit pouvoir. C'est en toute liberté qu'elle apprécie les faits générateurs des sanctions et le contenu des mesures disciplinaires à mettre en œuvre. La consultation de certains organes est certes prévue mais, la souplesse des avis émis renforce la marge de manœuvre de l'autorité de tutelle. Voir : Mede (N.), « L'autonomie retenue : étude sur le principe de libre administration des collectivités territoriales en Afrique de l'Ouest francophone », Revue Juridique et politique des Etats francophones, Vol. 62, n°2, pp. 188-208. Voir aussi : Nanako (C.), La libre administration des collectivités territoriales au Bénin et au Niger, op. cit. p. 140.

Régional en cas « *d'accomplissement d'actes contraires à la Constitution ; d'atteinte à la sécurité de l'Etat ou à l'ordre public ; de mise en péril de l'intégrité du territoire national ; d'impossibilité durable de fonctionner normalement* »¹⁷⁷. Le Code des collectivités territoriales décentralisées ajoute au sujet de la dissolution que celle-ci peut avoir lieu en cas de persistance ou d'impossibilité de rétablir la situation qui prévalait avant la suspension des institutions locales¹⁷⁸. En Côte-d'Ivoire, les mesures disciplinaires sont envisagées en cas de « *dissension grave au sein des Conseils mettant en péril le fonctionnement normal et la gestion des collectivités territoriales* »¹⁷⁹.

Enfin, l'incidence de la sanction des autorités locales est la vacance qu'elle cause dans la gestion des collectivités territoriales décentralisées. Qu'il s'agisse de la suspension ou de la dissolution, le résultat est quasiment le même à savoir, la cessation des fonctions des autorités locales. Dans le premier cas, la suspension entraîne un gel momentané du mandat local. Dans la seconde hypothèse, la dissolution ou la destitution mettent définitivement fin audit mandat ce qui suppose que les collectivités visées par les sanctions sont dépourvues d'organes dirigeants. En dehors des mesures disciplinaires, d'autres circonstances sont susceptibles d'entraîner l'indisponibilité ou la cessation du mandat des élus locaux. La première hypothèse qui est prise en compte par les textes régissant les collectivités locales est celle d'une situation de crise ou de guerre. Au Cameroun, le Code des collectivités territoriales décentralisées dispose qu' « *en temps de guerre, le Conseil municipal d'une commune peut être suspendu* »¹⁸⁰. Cette disposition qui n'est pas spécifique au Cameroun envisage la cessation des fonctions locales du fait de la guerre. C'est ainsi que la loi portant organisation des communes au Bénin dispose

¹⁷⁷ Lire les articles 59 et 60 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée.

¹⁷⁸ Article 297 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁷⁹ Article 42 de la loi n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales.

¹⁸⁰ Article 191 alinéa 1 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

qu' : « *en temps de guerre, de mobilisation générale d'état d'urgence et d'état de siège, le conseil communal peut être suspendu (...)* »¹⁸¹. C'est aussi ce qui est prévu par le Code des collectivités locales du Sénégal¹⁸².

La démission fait aussi partie des motifs de l'interruption du mandat local. Le texte ivoirien énonce à propos que « *la démission de la moitié au moins des membres d'un Conseil peut également, sur communication du ministre en charge des collectivités territoriales, entraîner la dissolution dudit conseil par décret pris en conseil des ministres* »¹⁸³. Dans la même logique, le code camerounais des collectivités territoriales décentralisées prévoit qu' « *une délégation spéciale est également mise sur pied, suivant les mêmes conditions, en cas de démission de tous les membres d'un Conseil régional* »¹⁸⁴. La divergence qu'on peut établir entre ces deux dispositions législatives concerne le quorum requis pour qu'une solution palliative soit mobilisée. Dans le cas ivoirien, la démission de la moitié des membres suffit pour que la dissolution de l'organe délibérant soit prononcée. C'est dire que tant que les membres démissionnaires n'atteignent pas la moitié, le mandat local continue d'exister et, il est simplement pourvu au remplacement de ceux-ci. En revanche, la démission débouche sur la dissolution à partir du moment où la barre de la moitié est franchie étant entendue que l'organe délibérant ne peut plus valablement siéger. En revanche au Cameroun, la solution palliative n'est envisagée que dans l'hypothèse de la démission collective de l'ensemble du conseil. Ce qui revient à dire dans un raisonnement *a contrario* que même si la majorité des membres démissionnent le mandat local du reste des membres de l'organe délibérant demeurera effectif.

¹⁸¹ Article 159 de la loi n°97-029 du 15 janvier 1995 portant organisation des communes en République.

¹⁸² Article 70 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

¹⁸³ Article 42 de la loi n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales.

¹⁸⁴ Article 299 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

Enfin, la cessation du mandat peut intervenir en cas d'annulation par le juge des élections locales¹⁸⁵. C'est généralement le cas lorsque celle-ci intervient alors que les autorités locales sont déjà en fonction. Dans ce cas également, le mandat des autorités locales prend fin ce qui fait appel à une solution palliative. Dans le nouveau code camerounais des collectivités territoriales décentralisées, il est clairement indiqué qu'une « *délégation spéciale est également mise sur pied ou de décision de justice devenue définitive, d'annulation de l'élection* »¹⁸⁶. Il suit de ces développements que le fait générateur de l'indisponibilité des élus locaux est pluriel. Il varie selon qu'il est consécutif à la mise en œuvre des mesures disciplinaires ou selon qu'il est causé par la démission, les circonstances de guerre ou l'annulation des élections locales. En revanche, ce qui est unique, c'est la solution envisagée par les textes à savoir, la mise sur pied d'une délégation spéciale.

2. L'unicité du remède à l'indisponibilité des élus locaux

Face à l'indisponibilité des élus locaux, les textes qui régissent la décentralisation dans les Etats d'Afrique noire francophone ont envisagé une solution unique à savoir, la mise en place d'une délégation spéciale. C'est cet organe qui est appelé à assurer la continuité des fonctions locales jusqu'à l'installation des nouvelles autorités. A l'analyse du dispositif normatif, la délégation spéciale se caractérise par son ancrage temporel et par la limitation de son champ de compétence. S'agissant de l'ancrage temporel, il faut dire que cet organe n'a pas en principe vocation à exercer les fonctions locales pendant une période assez longue. Il est constitué pour

¹⁸⁵ Sur le contentieux des élections locales, lire utilement : Martins (D.), « Les modes de scrutin des élections locales dans les vingt-sept Etats membres de l'union européenne », RFDC, n°2, 2008, pp. 263-382.

¹⁸⁶ Article 299 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

pallier l'interruption ou au gèle du mandat afin d'éviter le vide et non de se substituer définitivement aux organes locaux.

C'est le lieu d'indiquer que du point de vue théorique, le temps agit sur l'existence d'une compétence¹⁸⁷ et son écoulement met fin aux fonctions d'une autorité¹⁸⁸. Il en est ainsi des membres de la délégation spéciale dont la durée des fonctions se caractérise à titre principal, par sa brièveté. On note néanmoins une variabilité de cette durée en fonction des options des Etats. En Côte-d'Ivoire, la loi prévoit qu' « *il est procédé au renouvellement du Conseil dans les trois mois à compter de la nomination de la délégation spéciale* »¹⁸⁹. Au Cameroun et au Sénégal, la durée de six mois est retenue par la législation¹⁹⁰. En Guinée, le texte envisage la durée des fonctions de la délégation au-delà de l'année budgétaire¹⁹¹ ce qui suppose que cet organe peut fonctionner pendant une période supérieure à un an. En revanche au Bénin, la délégation est appelée à exercer les fonctions locales jusqu'à la durée de la guerre¹⁹². La durée retenue pour les fonctions de la délégation de la délégation spéciale est certes variable, mais dans tous les cas, l'objectif est de pallier la cessation des fonctions locales.

Cependant, la durée des fonctions des membres de la délégation spéciale est susceptible d'être prorogée. A titre illustratif, le code des collectivités territoriales du Sénégal dispose que « *le délai visé à l'alinéa précédent peut être prorogé pour une, deux, ou au plus, trois périodes de six mois par décret motivé* »¹⁹³. Ce qui signifie que la durée des fonctions de la délégation peut aller au-delà de six mois et

¹⁸⁷ Plessix (B.), « La compétence et le temps », in AFDA, La compétence, Paris, 2008, p. 55.

¹⁸⁸ Tusseau (G.), « L'indisponibilité des compétences », in AFDA, La compétence, Paris, 2008, p. 102.

¹⁸⁹ Article 45 de la loi n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales.

¹⁹⁰ Lire dans ce sens : l'article 298 alinéa 4 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées et l'article 53 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

¹⁹¹ Article 104 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

¹⁹² Article 159 de la loi n°97-029 du 15 janvier 1995 portant organisation des communes en République.

¹⁹³ Article 53 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

s'étendre même à plus d'une année. En Côte-d'Ivoire, la loi portant organisation des Collectivités territoriales quant à elle dispose que « *si le temps restant à courir après la dissolution du conseil excède un an, le délai visé au premier alinéa du présent article peut être prorogé par l'autorité de tutelle pour une période de trois mois renouvelable une fois* »¹⁹⁴.

La prorogation de la durée des fonctions de la délégation est compréhensible, mais elle est à redouter. Elle est compréhensible dans la mesure où à l'expiration de la durée des fonctions, l'Etat peut être dans l'impossibilité d'organiser une nouvelle élection locale. Il en est ainsi lorsque la guerre ayant entraîné la cessation des fonctions locales s'est amplifiée dans le temps. On peut également évoquer le cas où l'Etat fait face à une crise économique et financière de grande ampleur. Dans ces différentes hypothèses, la prorogation est justifiée. En revanche, l'extension du mandat de la délégation, lorsqu'elle est excessive ou abusive, entraîne finalement la forte présence de l'Etat au sein des Collectivités territoriales décentralisées. Le risque est que ce dernier se retrouve impliqué dans la gestion des affaires locales pour une période assez longue. Or, l'objectif de la décentralisation est justement de réduire l'omniprésence ou du moins, le périmètre d'intervention de l'Etat et d'autonomiser les entités locales¹⁹⁵.

L'autre trait caractéristique de la délégation c'est la limitation de son champ matériel de compétence. Dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, le principe est que celle-ci ne peut pas tout faire. C'est ce qui permet de la distinguer des autorités locales élues ou ordinaires. Elle a des compétences qui ne sont pas très étendues. Pour mieux le démontrer, il importe de s'intéresser à

¹⁹⁴ Article 45 de la loi n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales.

¹⁹⁵ D'un point de vue téléologique, à partir du moment où est admis que l'Etat n'a pas le don d'ubiquité et que sa forte présence amoindrit la participation populaire à l'action publique locale, la décentralisation est apparue comme la politique publique à même de favoriser l'émergence des pouvoirs locaux. Aussi, l'objectif de la législation des Etats décentralisés est de limiter le monopole administratif du pouvoir central et de dynamiser l'action locale. Voir : Baguenard (J.), La décentralisation, op. cit. p. 23.

la fois à son domaine d'intervention et aux matières pour lesquelles, sa compétence est exclue.

Pour l'essentiel, parce qu'elle assure la gestion des affaires courantes, c'est à elle que revient la charge de gérer à la fois l'administration et le personnel local. Elle a aussi la charge de prendre des mesures conservatoires. Le code des collectivités de Guinée énonce à cet effet que « *les pouvoirs de la délégation spéciale sont limités aux actes de pure administration courante* »¹⁹⁶. Dans le texte camerounais, il est aussi indiqué que les pouvoirs de la délégation « *se limitent à l'expédition des affaires courantes, aux mesures conservatoires et à la recherche de solutions aux affaires dont l'urgence est avérée* »¹⁹⁷. La liste des affaires courantes étant indéterminées, on peut les réduire aux actes visant l'administration de la collectivité et son personnel. Mais, on peut aussi l'étendre à la satisfaction des besoins urgents et essentiels des populations et aux mesures conservatoires dont la finalité est d'empêcher que les situations d'urgence s'enlisent au sein de la collectivité visée. Il reste au texte mettant en place la délégation de déterminer clairement son périmètre d'intervention¹⁹⁸.

S'agissant des matières pour lesquelles la compétence de la délégation est interdite, elles se caractérisent par leur pluralité. Dans la loi camerounaise, il est clairement indiqué que « *la délégation spéciale ne peut en aucun cas : engager les finances de la région, au-delà d'un seuil fixé par voie réglementaire ; aliéner ou échanger des propriétés de la Région ; modifier l'effectif des personnels régionaux ; voter des emprunts* »¹⁹⁹. Dans la même logique, le texte du Sénégal énonce que « *la*

¹⁹⁶ Article 104 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

¹⁹⁷ Article 298 alinéa 2 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁹⁸ Il faut néanmoins préciser que les textes régissant les collectivités territoriales décentralisées dans les Etats africains déterminent le champ de compétence des autorités locales. Aussi, la délégation peut se contenter d'exercer lesdites compétences en s'efforçant de ne pas dépasser le seuil fixé par les textes. Il n'est donc pas indispensable que le texte qui la régit donne encore des précisions au sujet de ses fonctions.

¹⁹⁹ Article 298 alinéa 3 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

délégation a les mêmes compétences que le conseil départemental. Toutefois, elle ne peut : aliéner ou échanger des propriétés du département ; augmenter l'effectif budgétaire ; créer des services publics ; voter des emprunts »²⁰⁰. Enfin, dans la législation ivoirienne, il est indiqué qu' « en aucun cas, la délégation spéciale ne peut engager les finances de la collectivité territoriale au-delà des ressources disponibles au budget de l'exercice en cours »²⁰¹. On peut interpréter ces interdictions comme la volonté de confiner les délégués spéciaux dans l'expédition des affaires courantes. Il suit de ce qui précède que la délégation constitue un remède à l'indisponibilité des élus locaux car, elle sert à pallier la cessation de leurs fonctions et par extension, à pérenniser l'action publique locale.

B. Un remède à la pérennité de l'action publique locale

La prévision de la délégation spéciale en cas de cessation des fonctions des autorités locales n'est pas anodine car, d'un point de vue téléologique, elle favorise la pérennité de l'action publique locale. Cela est consécutif au fait que la mise en place de la délégation constitue un levier au fonctionnement permanent des institutions administratives locales et évite l'interruption de celles dans la satisfaction des besoins de la population. Concrètement, la pérennisation de l'action locale se traduit par la garantie de la continuité du service public local (1) et par la satisfaction permanente de l'intérêt général au niveau local (2).

1. Un instrument de garantie de la continuité du service public local

L'une des finalités du droit public en général et du droit administratif en particulier est d'assurer un fonctionnement régulier et ininterrompu aux institutions

²⁰⁰ Article 53 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

²⁰¹ Article 44 de la loi n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales.

administratives²⁰². La continuité du service constitue de ce point de vue, un principe directeur de fonctionnement de l'administration publique. Elle repose sur l'idée selon laquelle, le service public doit s'exercer de manière permanente et les institutions qui l'incarnent du point de vue organique doivent pouvoir fonctionner sans interruption²⁰³. Autant ce principe est pris en compte par le droit régissant l'administration d'Etat, autant il n'est pas ignoré au niveau local²⁰⁴. En effet, la prévision de la délégation obéit au souci de pérenniser l'action des collectivités territoriales décentralisées.

Il convient de signaler toutefois que le service public dont il est question fait référence exclusivement aux institutions administratives locales. En d'autres termes, le sens qui est donné à ce vocable est celui du service public institution²⁰⁵. Dans cette logique, il est important de rappeler qu'avec la consécration de la décentralisation, on a assisté dans les Etats d'Afrique noire francophone, à la rénovation du paysage institutionnel au niveau local²⁰⁶. En dehors des acteurs de gestion des collectivités territoriales décentralisées que sont les organes exécutifs et les organes délibérants, on y trouve également les établissements publics locaux²⁰⁷. A bien y regarder, la mise en place d'une délégation spéciale garantit la continuité de ces deux catégories d'institutions.

²⁰² Duguit (L.), *Les transformations du Droit Public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 52.

²⁰³ Velley (S.), *Droit administratif*, op. cit. p. 105.

²⁰⁴ Les principes régissant le service public ne visent pas que l'administration d'Etat. Ils font à l'époque contemporaine l'objet d'une transposition intégrale au niveau local. Ainsi, on peut les envisager aussi bien dans le fonctionnement des Collectivités Territoriales Décentralisées que pour ce qui est du fonctionnement des établissements publics locaux. Lire utilement : Faure (B.), *Droit des collectivités locales*, op. cit. p. 418.

²⁰⁵ Chevallier (J.), « Essai sur la notion juridique de service public », *Publication de la Faculté de Droit d'Amiens*, n°7, 1976, p. 140.

²⁰⁶ Ngonotsimi (L.), « Les mutations de l'organisation administrative déconcentrée au Cameroun », in David Abouem Tchoyi et René Claude Mbaffou (Dir.), *50 ans de réforme de l'Etat au Cameroun*, Paris, L'harmattan, 2013, p. 261.

²⁰⁷ La notion d'établissement public local peut être entendue ici au sens, d'établissement public créé par les Collectivité locales et dont la compétence spécifique a un ancrage local. C'est en vertu de la libre administration que celles-ci peuvent créer de telles structures tout en assurant la double tutelle administrative et financière. Sur les établissements publics locaux, lire utilement : Fialaire (J.), *Le Droit des services publics locaux*, Paris, LGDJ, 1998, 190p.

La délégation spéciale garantit à titre principal, la continuité des organes de gestion des collectivités territoriales décentralisées. Ainsi que cela a été souligné, c'est pour pallier l'impossibilité pour ces derniers d'exercer leurs fonctions que cet organe est institué. La loi portant Code des collectivités locales du Sénégal est assez explicite à ce sujet lorsqu'elle énonce que « *la délégation spéciale a les mêmes attributions que le conseil départemental* »²⁰⁸ et que « *la délégation spéciale a les mêmes pouvoirs que le conseil communal* »²⁰⁹. Elle n'est pas d'ailleurs la seule à opter pour cette formulation puisque dans la loi portant code des collectivités locales de la Guinée, il est indiqué qu' « *une délégation remplit les fonctions du conseil* »²¹⁰. De cette formulation, on peut tirer deux conclusions. La première a été évoquée dans les développements précédents à savoir que la délégation est investie de certaines prérogatives des autorités locales et exerce une partie de leurs compétences. La seconde conclusion qui est susceptible d'être tirée est que la mise en place de cet organe permet d'éviter le vide institutionnel au niveau local²¹¹. Parce que la délégation se substitue aux organes locaux, son régime de fonctionnement est donc identique à celui desdits organes. Ainsi, en se substituant à l'organe délibérant, elle se réunit aussi de manière périodique²¹² comme cet organe et prend des décisions à la suite des délibérations de ses membres²¹³. La durée des sessions ne change

²⁰⁸ Article 53 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

²⁰⁹ Article 163 de la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

²¹⁰ Article 101 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

²¹¹ Monembou (C.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales dans les Etats d'Afrique noire francophone (les cas du Cameroun, du Gabon et du Sénégal) », op. cit. p. 101.

²¹² Dans les législations régissant les collectivités décentralisées en Afrique noire francophone, les réunions des organes délibérants sont essentiellement périodiques. Il ne s'agit donc pas d'un organe qui fonctionne en permanence. A titre d'illustration, l'article 16 de la loi béninoise n°97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République dispose que : « le conseil communal se réunit obligatoirement en session ordinaire quatre fois l'an aux mois de mars, juin, septembre et novembre ». Dans la même logique, l'article 26 de la loi ivoirienne n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales dispose que « les conseils se réunissent au moins une fois par trimestre sur convocation des autorités investies du pouvoir exécutif des collectivités territoriales ».

²¹³ La délibération constitue le mode par excellence de prise des décisions des collectivités territoriales décentralisées. L'article 15 de la loi ivoirienne n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant

pas non plus tout comme celle des séances. D'un point de vue fonctionnel, tout se passe en effet comme si l'organe délibérant n'avait jamais cessé de fonctionner. On peut en dire autant de l'organe exécutif puisqu'il revient à la délégation d'assurer la gestion quotidienne de la collectivité dont les autorités élues sont dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions. Il n'y a donc pas de vide à la tête des collectivités locales et l'idée de garantie de la continuité de l'action locale est justifiée.

La mise en place de la délégation spéciale garantit aussi la continuité des établissements publics locaux. Il faut préciser qu'en vertu du principe de la libre administration²¹⁴, les collectivités territoriales décentralisées ont le pouvoir de créer des établissements publics et d'en assurer le contrôle²¹⁵. Et le fonctionnement de ces services publics locaux est en partie tributaire du contrôle que les autorités locales exercent sur ceux qui les administrent. Aussi, l'interruption ou la cessation des fonctions des autorités locales peut entraîner une paralysie de ces établissements du fait de l'absence de contrôle. La mise en place de la délégation spéciale apparaît de ce point de vue comme un facteur de garantie de leur continuité en ce sens qu'elle va pérenniser le droit de regard des organes dirigeants de la collectivité sur leur gestion. Cela est d'autant vrai que les textes qui régissent la décentralisation n'ont pas exclu la compétence des délégués spéciaux dans le contrôle des établissements publics locaux. La périodicité des contrôles sera ainsi respectée par la délégation spéciale tout comme les modalités dudit contrôle.

organisation des collectivités territoriales dispose que : « les conseils règlent, par délibération, les affaires des collectivités territoriales ». Dans le même ordre d'idées, l'article 29 de l'ordonnance n°201-54 du 17 septembre portant code des collectivités territoriales de la République du Niger énonce que : « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ».

²¹⁴ On peut définir en droit de la décentralisation, le principe de la libre administration au sens du professeur André Roux comme : « la liberté de gestion qui doit être assurée aux collectivités territoriales décentralisées », in Roux (A.), « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », RFDA, n°8, 1992, p. 438.

²¹⁵ A titre d'illustration, l'article 116 de la loi ivoirienne n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales dispose que : « les collectivités territoriales décentralisées peuvent créer, gérer en régie, concéder, affermer ou supprimer des établissements et services publics à caractère social, industriel ou commercial ».

Enfin, dans les collectivités appartenant à un syndicat de communes, la mise en place de la délégation a pour vocation de garantir la continuité de l'intercommunalité²¹⁶. Dans le contexte camerounais, l'intercommunalité est réalisée par la création d'un organe appelé syndicat de communes²¹⁷. Ce dernier est un établissement public regroupant les communes d'un même département ou d'une même région et destiné à renforcer leur coopération sur les plans économique et commercial et à faciliter la solidarité intercommunale²¹⁸. Son fonctionnement est tributaire de la participation et de l'implication de toutes les communes membres or, l'indisponibilité des élus locaux d'une commune membre du syndicat est susceptible d'affecter la présence de la commune en question dans les activités du syndicat d'où la nécessité de trouver un remède à ladite indisponibilité. A voir de près, la délégation spéciale garantit la continuité du syndicat de commune dans la mesure elle pallie l'absence des autorités communales à la suite d'une dissolution ou d'une destitution. En définitive, il ressort des précédents développements que la délégation spéciale a pour vocation de garantir la continuité du service public local. Tout au plus, lorsqu'elle est mise en place, elle contribue à rendre permanente, la satisfaction de l'intérêt général au niveau local par les collectivités territoriales décentralisées.

²¹⁶ Sur l'intercommunalité, lire utilement : Nemery (J-C), « La nouvelle organisation décentralisée de la République française », in Jean Claude Nemery (Dir.), Décentralisation et intercommunalité en France et en Europe. Paris, L'harmattan, 2013, pp. 9-58. On peut aussi se référer à Groud (H), « Réflexions sur la coopération et les regroupements intercommunaux en Allemagne », in Jean Claude Nemery (dir.), Décentralisation et intercommunalité en France et en Europe. Paris, L'harmattan, 2013, pp.59-100.

²¹⁷ Il faut néanmoins préciser que l'exemple camerounais n'est pas singulier. Au Niger le Code des collectivités territoriales donnent aux entités locales, la possibilité de se regrouper. Lire dans ce sens : l'article 325 de l'ordonnance n°2010-54 du 17 septembre 2010 portant code des collectivités territoriales de la République du Niger.

²¹⁸ Lire utilement, les articles 104 et 105 de la loi n°2019/24 du 24 décembre 2019 portant code des collectivités territoriales décentralisées.

2. Une garantie à la satisfaction permanente de l'intérêt général au niveau local

Il est admis à l'époque contemporaine que le service public répond à un besoin d'intérêt général dont la satisfaction ne devrait être interrompue²¹⁹. Cela est valable autant en ce qui concerne l'administration d'Etat que pour ce qui est des collectivités locales. En s'orientant vers la décentralisation, les Etats d'Afrique noire francophone ont bien voulu répondre avec efficacité, aux attentes des populations. Les politiques décentralisatrices constituent ainsi une réponse pour remédier aux échecs de la forme centralisée de l'Etat caractérisée par la minoration de la volonté des populations locales durant les trois premières décennies après les indépendances²²⁰. De ce changement de paradigme, il en découle que la finalité de l'action des collectivités territoriales décentralisées est d'améliorer le cadre de vie des populations et par extension, de contribuer à la satisfaction de l'intérêt général au niveau local. En effet, la décentralisation est consacrée dans les Etats objets d'étude pour se mettre au service du citoyen²²¹. C'est pour combler ses attentes, faciliter son épanouissement, participer à la construction du destin de sa communauté que cette politique est prise en compte par la législation des Etats. En droit de la décentralisation, ce sont les organes de gestion des collectivités territoriales décentralisées qui contribuent à titre principal à la satisfaction de

²¹⁹ Rouault (M-C), *Droit administratif et institutions administratives*, 2^e éd, Bruxelles, Paradigmes, 2014, p. 288.

²²⁰ De manière générale, durant les trois premières décennies après les indépendances, la vie politique était animée par deux principaux acteurs à savoir, le Président de la République et le parti unique. Le peuple était ainsi relégué à une place secondaire si bien que sa volonté était peu ou pas du tout prise en compte en matière administrative et constitutionnelle. A titre d'illustration, c'est le pouvoir central qui procédait à la nomination des autorités locales et exerçait sur celles-ci, un pouvoir hiérarchique. Lire dans ce sens : Sy (S-M), *Recherches sur l'exercice du pouvoir politique en Afrique noire (Côte-d'Ivoire, Guinée, Mali)*, Paris, A. Pedone, 1965, p. 141 ; Nach Back (C.), *Démocratisation et décentralisation, genèse et dynamiques comparées des processus de décentralisation en Afrique subsaharienne*, Paris, Karthala-PDM, 2003, p. 400.

²²¹ Olinga (A-D) et Bigombe Logo (P.), « La participation politique locale et communautaire dans la dynamique de mise en œuvre de la Constitution du 18 janvier 1996 », in Alain Ondoua (Dir.), *La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 : Bilan et perspectives*, Yaoundé, Afrédit, Novembre 2007, pp. 187-202.

l'intérêt général au niveau local. Une série d'obligations leur incombent d'ailleurs pour accroître leur performance en la matière. On peut citer sans être exhaustif, l'obligation de résidence²²², l'obligation de servir²²³ et l'obligation de désintéressement des élus locaux²²⁴. L'objectif est de faire en sorte que la population trouve en la collectivité décentralisée, l'organe qui comble ses attentes. Cependant, au-delà de ces obligations, il est important que les collectivités territoriales fonctionnent de manière permanente et que le mandat de ceux qui les dirigent ne soit pas interrompu. Une situation de vacance prolongée de l'organe délibérant ou de l'organe exécutif est de nature à atténuer voire à limiter la participation de la collectivité territoriale à la satisfaction de l'intérêt général. Il est donc normal qu'une solution soit trouvée chaque fois que la continuité des institutions locales est menacée. La solution envisagée par la législation des Etats d'Afrique noire francophone est logique car, la mise en place d'une délégation spéciale induit une pérennisation de la contribution de la collectivité locale à la satisfaction des attentes de la population locale. Cela est compréhensible pour deux séries de raisons en l'occurrence, la reconduction de certaines compétences des autorités ordinaires et l'absence d'interruption des institutions locales.

S'agissant de la reconduction de certaines compétences, il faut souligner que l'analyse des compétences des collectivités territoriales décentralisées permet d'établir un lien entre leur fonctionnement et l'intérêt général local. En effet, contrairement à la décentralisation technique où l'Etat transfère aux établissements

²²² Au Cameroun, la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code des collectivités territoriales décentralisées dispose en son article 144 que : « les membres de l'exécutif de la collectivité territoriale ont obligation de résider au chef-lieu de la collectivité ».

²²³ L'article 143 alinéa de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code des collectivités territoriales décentralisées énonce au sujet de cette obligation que : « le maire, les adjoints au maire, le président, le premier vice-président, les vice-présidents ou les membres du bureau du Conseil régional doivent consacrer leur activité à l'exercice entier de leur mandat ».

²²⁴ Il s'agit d'une obligation qui, à la base incombe aux agents publics mais, qui a été réceptionné par les textes régissant les collectivités locales en Afrique noire francophone. Lire utilement : l'article 145 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code des collectivités territoriales décentralisées.

publics une compétence spéciale voire, spécifique²²⁵, les collectivités locales bénéficient du transfert d'une compétence générale. Elles interviennent ainsi dans des domaines assez variés avec en toile de fond, le souci de répondre avec satisfaction aux attentes de la population. C'est ainsi qu'elles interviennent dans les domaines économique, culturel, éducatif, sportif, environnemental et social²²⁶. Il s'agit en réalité de tous les aspects qui intéressent la vie de la population et dont la satisfaction pourrait être assimilée à celle de l'intérêt général local²²⁷. Tout compte fait, ces champs d'intervention ne sont pas fermés à la délégation spéciale. Ainsi que cela a été souligné, cet organe ne peut pas tout faire, mais les domaines dans lesquels son intervention est interdite sont essentiellement ceux liés à l'augmentation des dépenses locales, au recrutement du personnel local et l'aliénation des biens de la collectivité²²⁸. Pour l'essentiel, il ne lui est pas interdit de mener des actions dans les domaines de l'éducation, de la santé, de l'environnement, du sport ou encore de la culture. Tout au contraire, on peut interpréter son institutionnalisation comme la volonté de pérenniser la satisfaction de l'intérêt général au niveau local.

Au-delà de la reconduction de certaines compétences des autorités locales, il faut dire que le fonctionnement sans interruption des institutions locales constitue aussi un gage de satisfaction de l'intérêt général au niveau local. En effet, l'intérêt général correspond à la finalité de l'activité administrative²²⁹ prise dans sa globalité. Aussi,

²²⁵ Lire utilement : Theron (J-P), Recherche sur la notion d'établissement public, Paris, LGDJ, 1976, 329p ; On peut aussi se référer à : Culetto (S.), Le principe de spécialité des personnes morales de droit public français, Thèse de doctorat en Droit Public, Université de Nice, 2006, 726p.

²²⁶ Lire utilement : Verpeaux (M.), « Vous avez dit clause générale de compétence ? », Commentaire, n°129, 2010, pp.81-88 ; Frayssinet (M-H), « La clarification des compétences des collectivités territoriales ou l'improbable innovation », Sciences de la Société, mis en ligne le 15 décembre 2010, pp. 11-25.

²²⁷ Protière (G.), « Intérêt public local et politique », hal-00823916, consulté le 25 avril 2020, p. 51.

²²⁸ Lire utilement : L'Article 44 de la loi ivoirienne n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales ; L'article 298 alinéa 3 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées et l'article 53 de la loi sénégalaise n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

²²⁹ Chavallier (J.), « Essai sur la notion de service public », op. cit. p. 145.

la fermeture de l'administration décentralisée ou son fonctionnement au ralenti fragiliserait sa contribution à la satisfaction de l'intérêt général. Dans la pratique, certains actes ne peuvent être édictés et certaines activités ne peuvent être menées que si la collectivité fonctionne réellement à l'instar de l'établissement des actes d'Etat civil, du nettoyage des rues et les activités de police²³⁰. Elles sont pour l'essentiel, menées sous l'autorité ou l'impulsion des autorités locales. Dans un raisonnement à *contrario*, on peut affirmer que la cessation des fonctions locales et l'interruption de l'activité des institutions locales compromettent le déroulement de l'action publique locale. Une vacance de longue durée est de nature à biaiser l'accomplissement de ces différentes activités. On peut ainsi établir un lien entre la garantie de la continuité du service public local et la satisfaction permanente de l'intérêt général²³¹ au niveau local. L'absence du premier compromet considérablement la réalisation du second.

Cependant, on peut s'interroger sur la portée de la contribution de la délégation spéciale à la satisfaction de l'intérêt général au niveau local. Le risque est que cet organe se contente de ne faire qu'expédier les affaires courantes en attendant la mise en place d'une nouvelle équipe municipale ou régionale. Aussi, il est possible que peu d'initiatives soient prises en faveur des populations locales. D'ailleurs, on peut s'interroger s'il existe des mesures disciplinaires contre les délégués spéciaux au cas où leurs activités ne contribueraient pas ou contribueraient peu à la satisfaction de la population. La lecture de la législation des Etats d'Afrique noire francophone permet de faire le constat selon lequel celle-ci s'est contentée de faire de cet organe, un palliatif à la continuité des fonctions locales. On note un mutisme sur l'obligation de servir et sur l'exigence de performance dont sont assujettis les délégués spéciaux. Par-delà cette réserve, on peut valablement considérer la délégation spéciale comme un palliatif à la cessation des fonctions locales car, elle

²³⁰ Koumegne Noubissi (H.), *Décentralisation et centralisation au Cameroun. La répartition des compétences entre l'Etat et les Collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 190.

²³¹ Rouault (M-C), *Droit administratif et institutions administratives*, op. cit. p. 228.

permet de remédier à l'indisponibilité des élus locaux et pérennise l'action locale. Paradoxalement, elle constitue aussi un levier à la recentralisation administrative.

II. Un levier à la recentralisation administrative

On parle de recentralisation pour désigner un retour en force de l'Etat dans un processus de décentralisation²³². Alors que l'Etat est censé avoir transféré les compétences, ce dernier se retrouve encore au cœur de leur exercice par le biais de ses organes ou de ses agents. Plusieurs facteurs renforcent la recentralisation administrative dans les Etats africains, mais celui qui est visé par la présente réflexion, c'est la mise en place d'une délégation spéciale. En effet, au-delà du fait qu'elle permet de pallier la discontinuité des fonctions locales, elle favorise un retour en force de l'Etat. On peut le démontrer si-l'on prend en compte la désignation des délégués spéciaux (A) et la gestion des collectivités locales par la délégation (B).

A. La recentralisation dans la désignation des délégués spéciaux

A la lecture des différentes législations africaines, le constat qui se dégage est celui de la convergence d'options au sujet du mode de désignation des délégués spéciaux. La tendance est celle qui renforce le pouvoir central puisque l'on note une minoration de l'élection (1) et surtout, une généralisation de la nomination des délégués spéciaux (2).

²³² Houser (M.), « Recherches sur le concept de recentralisation », RRJ, n°2, 2011, p. 754. On peut aussi se référer à : Kerléo (J-F), « Concept de recentralisation et réformes territoriales en Europe et au-delà », RIDC, n°3, 2015, pp.795-821.

I. La minoration de l'élection

L'élection fait partie des conditions d'effectivité de la décentralisation²³³. Elle permet à la décentralisation de renforcer la démocratie locale en ce sens que c'est la population qui participe à la désignation de ses dirigeants locaux. Ainsi que le souligne **Georges VEDEL**, « *la décentralisation a une valeur démocratique puisqu'elle se ramène à faire gérer le maximum d'affaires par les intéressés eux-mêmes ou par les représentants* »²³⁴. C'est le lieu de rappeler que la démocratie est d'essence représentative et que « *le local n'y faisant pas exception, les collectivités s'administrent librement par des conseils élus* »²³⁵. Ces considérations théoriques ont bel et bien été prises en compte par le dispositif normatif régissant la décentralisation dans les Etats d'Afrique noire francophone. Dans quasiment tous les Etats, l'option a été faite en faveur de l'élection comme mode de désignation des autorités élues²³⁶. Cependant, la consécration du principe électif n'est pas absolue puisqu'en ce qui concerne la mise en place de la délégation spéciale, les textes ont choisi la nomination comme mode de désignation.

C'est la loi camerounaise portant Code des collectivités territoriales décentralisées qui désigne de manière expresse la constitution de la délégation spéciale comme dérogation au principe électif. On peut en effet lire dans la loi en question que « *les collectivités territoriales s'administrent librement par des organes élus (...)* »²³⁷ et que celles-ci « *peuvent, exceptionnellement, être administrées par des organes non*

²³³ Roïg (C.), « Théorie et réalités de la décentralisation », op. cit. p. 448.

²³⁴ Vedel (G.), *Droit administratif*, Paris, Puf, 1961, p. 460.

²³⁵ Aubel (V.), « Les sens de la démocratie locale », Halshs.archives-ouvertes.fr consulté le 30 mai 2020, p. 271.

²³⁶ Sans être exhaustif, on peut citer : l'article 151 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée ; L'article 55 alinéa 2 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée ; L'article 209 de la Constitution congolaise du 06 novembre 2015 ; L'article 98 de la Constitution malienne du 27 février 1992 ou encore, l'article 141 de la Constitution togolaise du 27 septembre 1992 modifiée.

²³⁷ Article 6 alinéa 1 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

élus notamment en application des dispositions relatives à la constitution d'une délégation spéciale »²³⁸. En d'autres termes, le principe est celui de l'administration des collectivités locales par des autorités élues et l'exception, la nomination qui est le mode de désignation des délégués spéciaux. Ce qui revient à dire qu'autant il est courant que les autorités locales soient des organes élus par la population locale, autant il faut envisager l'hypothèse d'une administration des institutions locales par des organes nommés par le pouvoir central.

Au-delà de cette consécration expresse de la désignation de la délégation spéciale comme dérogation au principe électif, la plupart des textes régissant les collectivités territoriales décentralisées aménagent le processus de désignation des délégués spéciaux. A titre d'illustration, la loi guinéenne dispose que « *la délégation spéciale est nommée par arrêté du ministre chargé des collectivités locales sur proposition du préfet ou du gouverneur de la ville de Conakry (...)* »²³⁹. Dans le texte législatif du Sénégal, il est indiqué qu'« *une délégation spéciale de sept membres est nommée par arrêté du ministre chargé des collectivités locales* »²⁴⁰. On retrouve une disposition analogue dans le texte camerounais régissant les collectivités locales²⁴¹. Il s'en suit que dans les Etats d'Afrique noire francophone, aucun texte ne fait allusion à l'élection. La seule élection envisageable est celle des organes directeurs de la délégation spéciale²⁴². On peut ainsi tirer la conclusion selon laquelle dans la mise en place de la délégation spéciale, le mode de désignation privilégié est celui de la nomination.

²³⁸ Article 7 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

²³⁹ Article 102 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

²⁴⁰ L'article 53 de la loi sénégalaise n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

²⁴¹ Lire dans ce sens : les articles 192 alinéa 1 ; 298 alinéa 1 et 299 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

²⁴² Article 102 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

A l'analyse, on peut justifier la minoration de l'élection en prenant appui sur le contexte qui prévaut au moment de la cessation des fonctions locales. Lorsque les fonctions locales sont interrompues en temps de guerre, il est quasi impossible d'organiser une élection même à l'échelle locale²⁴³. D'une part, parce que l'insécurité prévaut et il est difficile pour la population de se présenter devant les urnes pour élire les délégués spéciaux. La nomination peut ainsi être considérée comme un raccourci qui remédie à l'impossibilité d'organiser une consultation électorale. D'autre part, parce que les moyens dont dispose l'Etat sont essentiellement orientés vers la restauration de la paix et la préservation de la sécurité des citoyens²⁴⁴, ce qui est primordial en de telles circonstances, c'est la recherche de la stabilité sur la participation citoyenne à l'action locale²⁴⁵. Enfin, parce que le processus électoral requiert du temps, l'objectif de la délégation est de vite apporter une solution à l'indisponibilité des élus locaux. Dans l'impossibilité d'organiser l'élection du fait de la guerre, la nomination apparaît visiblement comme la solution adéquate à la désignation des membres de la délégation spéciale.

Dans les cas où la cessation des fonctions est la résultante d'une mesure disciplinaire, l'on peut aussi s'interroger sur l'opportunité d'organiser l'élection des délégués spéciaux. Retenir l'élection comme mode de désignation revient à admettre qu'un double scrutin se tienne sur le plan local en cas de destitution ou de dissolution des institutions locales. Le premier porterait sur la désignation des délégués spéciaux et le second sur la désignation des autorités locales à l'issue de la délégation. Est-il nécessaire d'organiser le scrutin pour la désignation des

²⁴³ En temps de crise, ce qui prévaut généralement, c'est la recherche du retour à la paix et à la stabilité. Les mesures qui sont généralement prises par les gouvernants en de telles circonstances visent non pas à faire prévaloir les droits et libertés ou la volonté des citoyens mais, la sauvegarde de l'impératif de sécurité. On peut dès lors comprendre pourquoi l'élection est minorée par les différentes législations des Etats. Sur l'Etat et les crises, Voir : Braibant (G.), « L'Etat face aux crises », Pouvoirs, n°10, 1979, pp.5-9 ; Hardy (J.), « Le service public en question », Politiques et Management public, 1996, pp.45-66.

²⁴⁴ Leroy (P.), L'organisation constitutionnelle et les crises. Paris, LGDJ, 1966, p. 328 ; Lire également : Carpentier (M.), « Etat d'exception et dictature ». RHS, 2011, n°20, p. 75.

²⁴⁵ Delphy (C.), « L'Etat d'exception : la dérogation au droit commun comme fondement de la sphère privée », NQF, Vol.16, n°4, 1995, pp. 73-114.

délégués spéciaux ? Qui sera désigné comme électeur et à quel moment se tiendra l'élection ? Devra-t-on aménager la période de la campagne électorale et celle du contentieux électoral ? Toutes ces questions servent en réalité à justifier l'inopportunité de l'élection comme mode de désignation des délégués spéciaux. Une telle option est lourde et exige une mobilisation d'importantes dépenses. On comprend donc pourquoi les Etats d'Afrique noire francophone ont fait le choix de la nomination. Il s'agit d'une solution rapide, qui prend peu de temps et qui permet de vite pallier l'interruption des fonctions locales.

Nonobstant ces justifications, il est clair que la mise en place d'une délégation spéciale déroge aux exigences requises pour un réel processus décentralisateur à l'instar de l'élection des autorités locales. Quoiqu'il s'agisse d'une institution dont l'ancrage temporel n'est pas important, elle est peu encline à la consolidation de la décentralisation et par extension à la démocratie locale. Cela est dû au fait que les membres désignés ne reflètent pas toujours la volonté de la population²⁴⁶. Le citoyen n'est impliqué ni de près ni de loin dans la désignation des délégués spéciaux et des organes directeurs de la délégation. Pendant un certain temps, elle est donc soumise à l'autorité des gouvernants locaux dont la désignation est du ressort exclusif du seul pouvoir central. Pourtant, ainsi que cela a été souligné, la décentralisation en Afrique n'est que la réponse à la revendication des populations de participer dans la gestion des affaires de la cité. Malheureusement, ce désir n'est pas pris en compte pendant la constitution de la délégation spéciale. Ce qui est privilégié, c'est la nomination des membres de la délégation.

²⁴⁶ Les délégués spéciaux ne reflètent pas toujours la volonté locale pour deux raisons. La première raison est liée à l'exclusion de la population locale dans le processus de désignation. La seconde raison est relative à la politisation de la désignation. L'autorité de nomination peut opter pour la désignation des membres qui ne relèvent pas de la même formation politique que les autorités locales destituées ou dissoutes.

2. La généralisation de la nomination

Autant il est admis en droit de la décentralisation que les collectivités territoriales doivent être dirigées par des autorités qui leur soient propres²⁴⁷, autant en matière de délégation spéciale ce sont les agents de l'Etat qui sont au cœur de la gestion. Le fait générateur de la présence des agents de l'Etat au sein de la collectivité locale est le mode de désignation de ces derniers par le pouvoir central. Cela est compréhensible dès lors qu'on a écarté l'élection, le seul mode de désignation qui peut prévaloir c'est la nomination. On peut néanmoins s'interroger à la fois sur l'autorité qui détient la compétence de nomination et sur le profil des membres de la délégation.

S'agissant de l'organe qui détient la compétence de nomination de la délégation spéciale, il faut souligner que les options sont variables. Dans certains Etats, les textes attribuent cette compétence au Président de la République tandis que dans d'autres, il s'agit d'une prérogative du ministre en charge des collectivités territoriales décentralisées. Le Cameroun fait partie de ces Etats qui font du Président de la République, l'autorité de désignation des membres de la délégation spéciale. En effet, la loi portant code des collectivités territoriales décentralisées dispose qu' « *en temps de guerre, le conseil municipal d'une commune peut être suspendu par décret du Président de la République, jusqu'à la cessation des hostilités* »²⁴⁸ et que « *le même décret constitue une délégation spéciale habilitée à prendre les mêmes décisions que le conseil municipal* »²⁴⁹. La même loi renforce les pouvoirs présidentiels dans la désignation de la délégation spéciale au niveau régional. On peut ainsi lire qu' « *en cas de dissolution d'un conseil régional, le Président de la République crée, par décret, une délégation spéciale dont un*

²⁴⁷ Benoît (F-P), Le droit administratif français, Paris, Dalloz, 1968, p. 134.

²⁴⁸ Article 191 alinéa 1 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

²⁴⁹ Article 191 alinéa 2 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

président et un vice-président, sur proposition du ministre chargé des collectivités territoriales »²⁵⁰.

Deux constats sont susceptibles d'être faits à la suite de ces dispositions législatives. Le premier est lié à la superposition de la compétence de nomination du Président de la République à deux étages. Il nomme en premier lieu l'ensemble des membres de la délégation et en second lieu, le président et le vice-président²⁵¹. Le second constat est relatif au rôle joué par le ministre en charge des collectivités territoriales décentralisées. Il s'agit d'un rôle marginal car, ce dernier est confiné à ne formuler que des propositions. Le Président de la République est-il lié par les propositions qui lui sont faites par son ministre ? On ne peut répondre que par la négative car le ministre n'a, dans le contexte camerounais aucune influence sur l'institution présidentielle. Il est largement subordonné au Chef de l'Etat lequel le nomme et le révoque²⁵².

La compétence de nomination du Président de la République se justifie à partir d'une double argumentation. Le premier argument est tiré de la loi fondamentale qui le désigne comme le garant du fonctionnement harmonieux des pouvoirs publics²⁵³. En d'autres termes, la Constitution lui a attribué, le pouvoir de veiller au bon fonctionnement des pouvoirs publics qu'ils soient nationaux ou locaux²⁵⁴ et de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer ce bon fonctionnement²⁵⁵. Aussi, en cas de cessation anticipée du mandat local, il est normal que ce soit lui qui prenne des mesures pour désigner ceux qui seront chargés d'assurer la continuité des fonctions locales. C'est dire en tout état de cause que c'est en tant que

²⁵⁰ Article 298 alinéa 1 de la loi camerounaise n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales décentralisées.

²⁵¹ Idem.

²⁵² Nguete Abada (M.), « Ruptures et continuités constitutionnelles en République du Cameroun : Réflexion à propos de la réforme constitutionnelle du 18 Janvier 1996 », RADIC. 1998, p. 310.

²⁵³ Au sens de l'article 5 alinéa 2 de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée : le Président de la République « assure par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ».

²⁵⁴ Bikoro (J-M), « Le Président de la République chef de l'Etat au Cameroun », in Abane Engolo (P-E) et Markus (J-P) (Dir.), La fonction présidentielle au Cameroun, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 21.

²⁵⁵ Ardant (P.), « L'article 5 et la fonction présidentielle », Pouvoirs, n°5, 1987, p. 40.

régulateur constitutionnel²⁵⁶ que le Président de la République procède à la désignation des délégués spéciaux.

Tout au plus, dans le droit camerounais de la décentralisation, le Président de la République fait partie des organes qui assurent la tutelle nationale de l'Etat sur les collectivités territoriales décentralisées²⁵⁷. On peut même le considérer sans risque d'extrapolation comme l'autorité de tutelle par excellence. Sur la base de son pouvoir de tutelle, il a au-delà de son pouvoir disciplinaire sur les autorités locales, la charge de s'assurer de la bonne administration des collectivités territoriales décentralisées. C'est à ce titre qu'il procède à la désignation de ceux qui sont chargés d'administrer les collectivités locales à titre exceptionnel.

D'autres Etats attribuent la compétence de nomination aux organes gouvernementaux. Pour l'essentiel, cette compétence est attribuée au ministre en charge des collectivités territoriales décentralisées. En Côte-d'Ivoire, le texte législatif qui régit les collectivités territoriales décentralisées après avoir désigné le ministre en charge de l'administration territoriale comme autorité de tutelle²⁵⁸ sur le plan national, ajoute que « *lorsque le conseil a été dissout ou suspendu (...) une délégation spéciale est nommée par l'autorité de tutelle dans les quinze jours qui suivent l'annulation, la dissolution, la suspension ou la constatation de l'impossibilité de l'élection* »²⁵⁹. Dans la même logique, la loi sénégalaise dispose qu' « *une délégation spéciale de sept membres est nommée par arrêté du ministre chargé des collectivités locales* »²⁶⁰. On retrouve une disposition analogue dans d'autres textes régissant la décentralisation²⁶¹. La désignation du ministre en charge des questions

²⁵⁶ Edoua Bilongo (B.), « La fonction d'arbitrage du Président de la République dans l'ordre institutionnel camerounais », in Patrick Edgar Abane et Jean Paul Markus (Dir.), *La fonction présidentielle au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2019, pp.63-86.

²⁵⁷ Lire dans ce sens les articles 59 et 60 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée.

²⁵⁸ Article 47 de l'ordonnance n°2011-262 du 28 septembre 2011 portant orientation de l'organisation générale de l'administration territoriale de l'Etat.

²⁵⁹ Article 43 de la loi n°2012-1128 du 13 décembre 2012 portant organisation des collectivités territoriales.

²⁶⁰ L'article 53 de la loi sénégalaise n°2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités locales.

²⁶¹ Il en est ainsi de de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26

de décentralisation vise à renforcer ses pouvoirs de tutelle et se justifie par sa spécialisation. On peut considérer que c'est ce dernier qui est au cœur de la décentralisation et qui maîtrise le mieux le profil des personnes à même de diriger à titre provisoire, une collectivité dont le mandat des élus a cessé de manière anticipée.

Relativement au profil des personnes nommées au sein de la délégation spéciale, on note un mutisme législatif dans quasiment tous les Etats. La compétence de nomination des autorités centrales se caractérise par une extrême liberté dans la mesure où leur marge de manœuvre est assez grande²⁶². Aussi, de nombreuses incertitudes planent autour de cette désignation. L'autorité de nomination doit-elle désigner essentiellement les originaires ou résidents de la région ? Doit-il prendre en compte l'expertise et la compétence de ceux qui sont nommés ? Le genre est-il pris en compte tout comme la condition d'âge ou de nationalité ? L'autorité de nomination est-elle tenue au respect des incompatibilités entre les fonctions locales et les autres fonctions publiques ou privées ? Toutes ces interrogations restent sans réponse à la lecture des différentes législations. La seule exception concernant le profil est celle de la Guinée qui le décline de manière partielle en prenant en compte le lieu de résidence. Le code des collectivités territoriales de Guinée énonce en effet que « *la délégation spéciale est nommée par arrêté du ministre chargé des collectivités locales sur proposition du préfet ou du gouverneur de la ville de Conakry, parmi les résidents de la localité sur proposition du préfet* »²⁶³. En dehors de cette exception, le principe est celui de la liberté de l'autorité de nomination.

Une fois de plus, on peut redouter la politisation de la désignation des délégués spéciaux consistant à nommer les membres du parti au pouvoir pour assurer la continuité de l'action locale dans une collectivité antérieurement dirigée par un parti

mars 2006.

²⁶² Nanako (C.), La libre administration des collectivités territoriales au Bénin et au Niger, op. cit. p. 118 ; Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaises : de la décentralisation à la recentralisation », op. cit. p. 166.

²⁶³ Article 102 de la loi portant code des collectivités locales en République de Guinée du 26 mars 2006.

politique de l'opposition. Dans le but de renforcer la légitimité des délégués spéciaux, les textes auraient dû prévoir une désignation de ceux-ci sur proposition du parti politique auquel appartenaient les autorités locales déchues ou indisponibles. Il suit de ce qui précède que dans la désignation des délégués spéciaux, les textes ont opté pour l'exclusion de l'élection et la prévalence de la nomination ce qui entraîne comme conséquence, la recentralisation de la gestion des collectivités territoriales décentralisées.

B. La recentralisation de la gestion des Collectivités Territoriales Décentralisées

Le mode de désignations des délégués spéciaux a forcément un impact sur la gestion des collectivités territoriales décentralisées. Il institue un rapport hiérarchique entre ces dernières et le pouvoir central (1) ce qui fait prévaloir la volonté des autorités nationales sur celle des autorités locales (2).

1. L'institution d'un rapport hiérarchique entre les délégués spéciaux et le pouvoir central

L'un des points de démarcation entre la décentralisation et la centralisation réside en la nature du contrôle que l'Etat exerce sur les entités infra étatiques²⁶⁴. En matière de décentralisation, le rapport est celui du contrôleur et du contrôlé²⁶⁵ alors que dans le cadre de la centralisation, il s'agit plutôt d'un rapport entre le supérieur et le subordonné²⁶⁶. Le degré de liberté reconnu ou octroyé aux autorités locales n'est donc pas le même. Dans le schéma de la déconcentration, les relais locaux sont largement soumis au pouvoir central alors que le principe directeur de la décentralisation est celui de la libre administration des collectivités locales²⁶⁷. C'est

²⁶⁴ Bonnard (R.), Précis de droit administratif, op. cit. p. 322.

²⁶⁵ Kemfouedio Bipele (J), « La tutelle administrative dans le nouveau droit Camerounais de la décentralisation », Annales de la FSJP de l'université de Dschang, tome 9, 2005, P. 86.

²⁶⁶ Roïg (C.) « Théorie et réalité de la décentralisation », op. cit. p. 446.

²⁶⁷ Richer (L.), « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif, RDP, 1979, p. 977.

en vertu de ce trait de différenciation que la décentralisation offre plus de marge de manœuvre aux autorités locales. **Charles EISENMANN** affirme dans ce sens que « *la décentralisation apparaît comme la négation de la centralisation* »²⁶⁸ et que, en matière de décentralisation, l'indépendance d'action n'est garantie aux autorités locales que « *si elles sont aussi assurées de leur indépendance personnelle* »²⁶⁹. Ce qui revient à dire dans un raisonnement *a contrario* que la faible indépendance des autorités décentralisées induit, *ipso facto* un faible pouvoir d'action et de décision²⁷⁰. La mise en place d'une délégation spéciale place les collectivités territoriales décentralisées dans une situation paradoxale. Elle favorise certes la continuité de l'action locale, mais il ne s'agit pas de son unique portée. Elle a aussi la particularité de renforcer la présence de l'Etat au sein des collectivités locales en consolidant l'influence des autorités centrales et en affaiblissant le pouvoir des autorités locales²⁷¹. Ce qui change avec cet organe, c'est la nature des rapports entre le pouvoir central et les autorités locales. En effet, en période normale, c'est-à-dire lorsque les Collectivités sont administrées par des autorités élues, l'Etat exerce simplement un pouvoir de tutelle. Ce pouvoir consiste en un contrôle qu'il exerce sur les actes et sur la personne des autorités locales. On note certes une emprise de l'Etat sur les collectivités en question mais, l'autonomie qui leur est conféré leur permet de prendre en toute liberté des décisions et de mener des actions locales. En revanche, une fois que la délégation est constituée, ce rapport change de nature, il prend la forme d'un pouvoir hiérarchique que l'Etat exerce sur les autorités locales *ad hoc*. Si le statut des délégués spéciaux peut être considéré comme le fondement de ce rapport hiérarchique, il faut dire que la prépondérance de l'Etat sur les autorités locales pendant la délégation prend des formes variées.

²⁶⁸ Eisenmann (C.), Cours de droit administratif, op. cit. p. 258.

²⁶⁹ Ibid. p. 278.

²⁷⁰ Moderne (F), « Variation sur le mythe de l'autonomie communale », AJDA, 1976, PP. 478-486

²⁷¹ Monembou (C.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales dans les Etats d'Afrique noire francophone (les cas du Cameroun, du Gabon et du Sénégal) », op. cit. p. 104.

Le mode de désignation des membres de la délégation peut être considéré comme le fait générateur de l'institution d'un rapport hiérarchique du pouvoir central sur les délégués spéciaux. A titre de rappel, l'élection locale est généralement considérée comme le fondement naturel du pouvoir local²⁷². Elle aboutit à ce que les élus locaux n'aient de compte à rendre qu'à leurs électeurs. On peut donc considérer que c'est elle qui renforce à titre principal l'indépendance des élus locaux²⁷³. En revanche, lorsque les autorités locales sont nommées par le pouvoir central, leur indépendance est affaiblie. Cet affaiblissement est favorisé par la transformation de l'autorité nommée en subordonné de l'organe de nomination. Tout d'abord, l'autorité de nomination a, en vertu du principe de parallélisme de forme²⁷⁴ un pouvoir de révocation des membres de la délégation spéciale. Etant entendu que les textes sont muets au sujet des sanctions susceptibles de leur être infligées²⁷⁵, on peut en déduire qu'en cas de manquement grave dans l'exercice de leurs fonctions, l'organe qui les a désignés pourra simplement procéder à leur révocation. Cette situation place fondamentalement les délégués spéciaux dans une condition de dépendance et de subordination vis-à-vis du pouvoir central qui les désigne.

De cette subordination, on peut aussi en déduire que le pouvoir central a un pouvoir d'injonction vis-à-vis des délégués spéciaux. L'autorité investie du pouvoir de nomination est en principe libre de ses choix, elle est juge d'opportunité du choix de ceux qui sont appelés à siéger au sein de la délégation spéciale. Et la plupart du temps, le choix porte sur les acteurs subordonnés. Cela est lié au mutisme des textes sur les incompatibilités aux fonctions de membre de la délégation spéciale. La législation des Etats d'Afrique noire francophone n'a pas prévu l'interdiction du

²⁷² Protière (G.), La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local, Thèse de doctorat en droit Public, Université Lumière Lyon II, 2006, p. 55.

²⁷³ Bouet (J-B), L'administration décentralisée du territoire : choix et perspectives ouverts sous la cinquième République, Thèse de doctorat en Droit Public, Université d'Angers, 2006, p. 565.

²⁷⁴ En droit administratif, le parallélisme de forme traduit l'idée selon laquelle, l'autorité compétente pour prendre l'acte initial est aussi la seule à pouvoir l'abroger. Lire dans ce sens : Van Lang (A.), Dictionnaire de droit administratif, op. cit. p. 280.

²⁷⁵ On peut néanmoins envisager la transposition des sanctions infligées aux autorités locales à l'endroit des membres de la délégation spéciale.

cumul entre la participation à la délégation spéciale et l'exercice des fonctions statutaires pour les agents publics. Aussi, il est possible que le ministre en charge des collectivités locales désigne comme membres, les agents de son département ministériel c'est-à-dire, ses subordonnés. Rien n'interdit non plus au Président de la République de ne désigner que les agents publics comme membres de la délégation. On peut s'attendre dès lors à ce que la subordination soit prolongée au niveau local et que le pouvoir central donne des instructions aux membres de la délégation spéciale. D'ailleurs, la politisation de l'administration publique²⁷⁶ en Afrique a fait émerger un devoir de reconnaissance du subordonné vis-à-vis de l'autorité de nomination si bien que le premier a souvent du mal à s'émanciper du second²⁷⁷. On peut néanmoins se demander si le pouvoir central est l'organe qui donne un contenu à la fonction de la délégation spéciale. En d'autres termes, les autorités étatiques fixent-elles les attributions des organes locaux *ad hoc*? On peut répondre par la négative dans la mesure où les textes régissant les collectivités décentralisées ont délimité le périmètre d'intervention des délégués spéciaux. Mais, une ingérence ou une intrusion du pouvoir central n'est pas à exclure. Ce dernier peut, selon les cas influencer le processus de prise des décisions des délégués spéciaux²⁷⁸. Toutefois, il convient de souligner que ce rapport hiérarchique vise essentiellement la personne des autorités décentralisées *ad hoc* et non les actes qu'elles prennent ou qu'elles sont susceptibles d'édicter. En application des textes régissant les collectivités territoriales décentralisées, il revient à la tutelle locale de déférer les actes des autorités locales devant le juge administratif aux fins

²⁷⁶ Kokoroko (D.), « La politique et l'administration au Togo », in Ferdinand Mélin-Soucramanien (Dir.), *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean Du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 265.

²⁷⁷ La politisation des carrières dans la fonction publique des Etats d'Afrique noire francophone a une incidence sur le rendement des agents publics. En effet, ceux-ci travaillent davantage dans le but de satisfaire non pas l'intérêt général mais, les attentes de l'autorité de nomination. Lire dans ce sens : Nlep (R-G), *L'administration publique camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, op. cit. p. 222.

²⁷⁸ Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise : de la décentralisation à la recentralisation », *RADSP*, n°1, Vol.1, 2013, p. 169.

d'annulation²⁷⁹. Cela est valable en ce qui concerne les autorités locales ordinaires que pour ce qui est des actes des délégués spéciaux. Comme on peut le voir, la nature des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées changent considérablement avec la mise en place d'une délégation spéciale. Et la principale conséquence de ce changement de rapport est la prévalence de la volonté étatique sur la volonté locale.

2. La prévalence de la volonté étatique sur la volonté locale

Il peut paraître surprenant dans un schéma décentralisateur d'évoquer la prévalence de la volonté de l'Etat sur la volonté locale. Surprenant car, « *la décentralisation suppose l'existence d'une pluralité de centres autonomes de décision, exige que les organes locaux aient la maîtrise juridique de leur activité c'est-à-dire qu'ils soient libres de prendre, dans le respect des lois et règlements la décision qu'ils veulent* »²⁸⁰. Etonnant aussi parce que ça n'est que dans un schéma centralisateur que la volonté de l'Etat prévaut de manière totale. En optant pour la décentralisation territoriale, les législations des Etats d'Afrique noire francophone ont fait le choix de la duplication de la volonté publique en distinguant celle de l'Etat à celle des collectivités territoriales décentralisées²⁸¹. Seulement, dans la pratique, la législation en question n'a fait que procéder au resserrement du pouvoir de l'Etat²⁸². Il s'agit d'un véritable paradoxe car, l'Etat qui est censé avoir transféré ses compétences se retrouve encore trop présent dans la gestion des affaires locales²⁸³. C'est du moins ce qui se passe avec la mise en place de la délégation spéciale dans les Etats objets

²⁷⁹ En droit de la décentralisation, le déféré désigne un recours de la tutelle locale devant le juge administratif contre les actes des autorités décentralisées. Pour un approfondissement, lire : Martin (S.), *Le contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Paris, Berger-Levrault, 1990, pp. 73-104.

²⁸⁰ Baguenard (J.), *La décentralisation*, op. cit. p.12.

²⁸¹ Sy (D.), *Droit administratif*, op. cit. p. 176.

²⁸² Sedjari (A.), « *Décentralisation et démocratie locale* », AFKAR/Idées, 2005, p. 67.

²⁸³ Holo (T.), « *La décentralisation au Bénin : mythe ou réalité ?* », op. cit, p. 1.

de l'étude. Celle-ci fragilise la libre administration des collectivités locales, écarte la présence des représentants du peuple et fait prévaloir la volonté de l'autorité de nomination en l'occurrence le pouvoir central, sur celle du peuple.

En droit de la décentralisation, la libre administration des collectivités locales a, du point de vue téléologique, la particularité de renforcer l'indépendance des autorités locales vis-à-vis du pouvoir central²⁸⁴. Elle suppose que celles-ci disposent d'un pouvoir de décision et d'une liberté d'action de grande importance et exclut toute intrusion ou toute sorte d'ingérence de l'Etat dans la gestion des institutions locales²⁸⁵. Cependant, il est difficile d'envisager la libre administration de la délégation spéciale dès lors que son rapport hiérarchique avec le pouvoir central est avéré. La recentralisation de la désignation des délégués et la subordination de ces derniers aux autorités centrales entraînent comme conséquence, le renforcement de l'influence de l'Etat dans la gouvernance locale²⁸⁶. Le pouvoir central cesse seulement d'être le contrôleur des autorités locales, il revêt la casquette d'acteur de la gouvernance locale²⁸⁷ dès lors qu'il influence le pouvoir de décision et les actions de la délégation spéciale. Du fait du pouvoir hiérarchique ci-dessus évoqué, le risque d'allégeance²⁸⁸ des délégués spéciaux à l'égard de l'autorité de nomination est renforcé. On peut s'attendre ainsi à ce que ce soit l'Etat qui déclenche des actions locales ou qui les neutralise. On peut aussi s'attendre à ce qu'il dicte sa volonté aux délégués spéciaux fragilisant par la même occasion, la libre administration des collectivités locales.

²⁸⁴ Roux (A), « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », op. cit. p. 438.

²⁸⁵ Troper (M.), « Libre administration et théorie générale du droit », in La libre administration des collectivités territoriales décentralisées, Paris, Economica, 1980, p. 62

²⁸⁶ Kankeu (J), « L'autonomie des collectivités territoriales décentralisées : quelle autonomie ? », Juridis périodique, n°85, 2011, p. 93.

²⁸⁷ Guimdo Dongmo (B-R) ; « L'emprise de l'État sur l'exécutif communal au Cameroun. Regard sur la dynamique des rapports entre l'administration d'État et l'administration communale au Cameroun », Lex Lata, n°021, 1995, p. 9.

²⁸⁸ Nlep (R-G), L'administration publique camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique, op. cit. 1986, p. 222.

Il est possible de s'interroger sur le rôle des secondes chambres du parlement pendant la délégation²⁸⁹. Peut-elle constituer un rempart contre l'engloutissement ou la fragilisation des collectivités locales par le pouvoir central ? A cette interrogation, il convient d'affirmer que les secondes chambres disposent certes d'importants pouvoirs pour renforcer l'autonomie locale²⁹⁰ mais, le fait majoritaire²⁹¹ qui prévaut dans les Etats d'Afrique noire francophone les fragilise dans leurs activités. Aussi, leur apport à la dynamisation de la décentralisation est de faible importance²⁹². Il est de ce point de vue difficile de les considérer comme rempart contre recentralisation.

La prévalence de la volonté étatique sur la volonté locale est surtout renforcée par l'exclusion des représentants du peuple. Cela est consécutif à la confiscation du mandat local par le pouvoir central²⁹³. En effet, dès lors que l'élection est exclue dans la désignation des délégués il ne faut pas s'attendre à ce que la composition de cet organe reflète la volonté de la population locale. Il n'y a au sein de ce qui fait

²⁸⁹ Dans quasiment tous les Etats d'Afrique noire francophone, c'est le Sénat qui assure la représentation des collectivités territoriales décentralisées. A titre d'illustration, l'article 20 alinéa 1 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée dispose que : « le Sénat représente les collectivités territoriales décentralisées ». L'article 80 de la Constitution burkinabé énonce dans la même logique que : « Le Sénat est composé de représentants des collectivités territoriales (...) ». Sans être exhaustif, on peut aussi citer l'article 133 de la Constitution congolaise du 06 novembre 2015 qui dispose que : « Les sénateurs représentent les collectivités locales de la République ».

²⁹⁰ Les actions des secondes chambres du parlement en faveur de la décentralisation sont plurielles. En matière législative, le Sénat peut initier des lois ou les amender en faveur des collectivités territoriales décentralisées ou de l'autonomie locale. Dans le domaine constitutionnel, cette Assemblée peut initier les révisions constitutionnelles ou saisir le juge constitutionnel lorsque l'autonomie locale et la libre administration sont en cause. Lire utilement : Robbe (F.), « La représentation des collectivités territoriales par le Sénat », *Annuaire des Collectivités Locales*, Tome 20, 2000, p.631 ; Lire également : Kuakivi (K-A), *Les secondes chambres du parlement dans les Etats francophones : le cas du Burundi, de la France, du Gabon et du Sénégal*. Thèse de doctorat en droit public, Université de Gand (Belgique) et Université de Lomé (Togo), 2011, p.63.

²⁹¹ Avril (P.), « La majorité parlementaire ? », *Pouvoirs*, n°68, 1994, pp.53-64.

²⁹² De point de vue quantitatif ou statistique, les secondes chambres du parlement prennent très peu d'initiative en faveur de la décentralisation ou des Collectivités Territoriales Décentralisées dans les Etats d'Afrique noire francophone. Il est dès lors difficile de dire qu'elles ont un apport décisif sur l'évolution de la décentralisation. Lire dans ce sens : Dounian (A.), « Le bicamérisme dans les Etats d'Afrique noire francophone », *RADSP*, n°09, Vol. V, 2017, p. 72.

²⁹³ Treguier (M-L), « Flux et reflux de la décentralisation », *RFDA*, 1994, p. 704.

office de l'organe délibérant de la délégation aucun représentant du peuple. On peut en dire autant de ceux qui sont désignés comme président et vice-président de la délégation. La composition de la délégation est donc centrée autour des représentants du pouvoir central et non du peuple. La principale conséquence qu'on peut tirer de cette composition est qu'au sein de la délégation, il n'y a pas d'acteurs mandaté par la population locale et le risque de minoration de la volonté de la population en question est élevé. Dans un schéma décentralisateur, les autorités élues ont une certaine implémentation territoriale²⁹⁴ qui leur permet de mieux maîtriser les besoins et attentes des populations locales. On ne peut pas en dire autant des délégués spéciaux dont le profil n'est pas clairement défini par les textes. Le pouvoir central est libre de ses choix et les délégués sont censés refléter sa volonté.

Enfin, les membres de la délégation exercent leurs fonctions essentiellement dans le but de satisfaire aux attentes de l'organe qui les a nommés. En d'autres termes, contrairement aux élus locaux qui rendent compte au peuple, les délégués spéciaux rendent plutôt compte à celui qui les désigné pour prendre part à l'administration des institutions locales. La conséquence de cet état de chose est que ceux-ci vont davantage travailler dans le but de répondre aux attentes du pouvoir central tout en minorant la volonté du peuple. Il s'opère ainsi une recentralisation de la gestion des affaires locales corroborant l'affirmation de **Jacques CAILLOSSE** selon laquelle « *la conduite même des politiques de décentralisation (...) s'accompagne en effet systématiquement des bruits où se laisse entendre le même récit du retour de l'Etat* »²⁹⁵. Ce retour est envisageable avec l'institution d'une délégation au sein des collectivités territoriales décentralisées.

²⁹⁴ Benoît (F-P), *Le Droit administratif français*, op. cit. 130.

²⁹⁵ Caillosse (J.), *L'état du droit administratif*, op. cit, p. 142.

En définitive, la volonté d'assurer la continuité des fonctions locales a conduit la législation des Etats d'Afrique noire francophone à prévoir une institution *ad hoc* en cas de cessation anticipée du mandat des élus locaux. La délégation spéciale puisqu'il s'agit d'elle est ainsi appelée à pallier à l'indisponibilité des autorités locales en pérennisant l'action publique locale. Paradoxalement, la mise en place de cet organe renforce l'emprise de l'Etat sur les collectivités territoriales décentralisées. Une emprise si importune que l'on en arrive à se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux que les autorités destituées ou l'assemblée dissoute expédient les affaires courantes avant la mise en place de nouveaux organes dirigeants. Symétriquement, on peut aussi se demander pourquoi le peuple ne prendrait pas part au processus de désignation de ses membres ? Visiblement, la présence de l'Etat est de trop ! Sa tutelle est déjà assez lourde et rigide et son implication dans le cadre de la constitution de la délégation amplifie considérablement la recentralisation administrative.

Les fondements du droit du citoyen à la bonne gouvernance dans le constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM¹ - Docteur Ph. D en droit public
de l'université de Douala (Cameroun)

RÉSUMÉ

La mondialisation a permis de reprendre dans toutes les sociétés le principe de l'universalité des aspirations et des valeurs humaines. En Afrique, elle a accéléré le développement de la conscience démocratique dans la mentalité collective. Cela a pour conséquence la pression des citoyens sur les gouvernants quant à l'application de la bonne gouvernance. L'impératif de bonne gouvernance consacré explicitement ou non dans les constitutions africaines finit par porter toutes les aspirations du peuple souverain au point de constituer un droit fondamental. C'est un droit qui repose sur la délégation de souveraineté pour la gestion des affaires publiques dont bénéficie les représentants du peuple, laquelle délégation impose une gestion méliorative sur la base de laquelle ce peuple demande des comptes.

Longtemps restés en retrait dans le concert des nations ayant un degré acceptable de démocratisation, les Etats africains marquent de plus en plus leurs présences. Il semble désormais révolu l'époque des gouvernements autoritaires et dictatoriaux dont l'idéologie était non pas la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, mais plutôt la construction de l'unité nationale et le développement économique¹. Depuis le début des années 1990, l'Afrique est engagée dans le processus de démocratisation qui place l'individu ou plus précisément le citoyen au centre de l'action des gouvernants. Le citoyen est ainsi devenu la clé de voute et le baromètre d'analyse des politiques publiques. L'élévation du citoyen comme finalité de l'action des gouvernants et donc du droit impose la réalisation d'un ensemble d'exigences dont la plus en vue est celle de la liberté. Il s'est construit au fur et à mesure de la démocratisation, la nécessité de dépasser la liberté telle que conçu à partir des mouvements de revendications. A une liberté plus formelle que matérielle², a émergé la préférence pour une notion plus profonde, concrète et plus globale, celle de la bonne gouvernance.

La notion de bonne gouvernance est d'apparition récente dans le discours politique et dans les instruments juridiques. Au niveau régional africain, elle est consacrée par la charte de la démocratie et des élections adopté en 2007 dans laquelle les Etats affirment leur volonté « *à promouvoir les valeurs universelles et les principes de la démocratie, la bonne gouvernance, les droits de l'homme et le droit au développement* »³. Cette consécration communautaire s'est pas accompagnée d'une transposition dans les ordres juridiques des Etats. Le Sénégal se démarque en la matière. En effet, le constituant sénégalais avait précédé l'union africaine en consacrant dans son texte constitutionnel la notion de bonne gouvernance depuis

¹ M. ONDOA, Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains, thèse de doctorat d'Etat en droit public, Université de Yaoundé II, 1996, p. 70.

²La liberté ne signifie plus seulement l'espace d'expression consacré par les lois. Les lois sont parfois liberticides dans le sens où elles sont le support des gouvernements qui tyrannisent leur peuple comme cela s'est produit en Afrique du sud avec l'apartheid. La liberté implique une véritable libération à travers la facilitation de l'expression citoyenne. Elle appelle au dépassement du simple affichage formel des libertés dans les textes juridiques.

2001¹. La plupart des États ayant eu de nouvelles constitutions après l'adoption de la charte sur la démocratie ont effectivement transposés la notion de bonne gouvernance dans leurs constitutions avec des formules différentes. Alors qu'au Niger la bonne gouvernance est un objectif de l'État de droit dont le peuple nigérien est résolu à bâtir², en Centrafrique elle fait partie des principes de la république³. Au Tchad il s'agit d'une exigence dont les pouvoirs publics sont tenus de promouvoir, de respecter et de faire respecter dans la gestion des affaires publiques⁴. Ce sont là les rares États à avoir consacré de manière explicite la notion de bonne gouvernance dans leurs dispositions constitutionnelles. D'autres États comme le Congo se rapprochent en utilisant les expressions *gouvernance démocratique*⁵ et *gouvernance intergénérationnelle*⁶. Tout cela expose surtout la nécessité d'une définition de la notion de bonne gouvernance.

En tant que notion composée, la bonne gouvernance ne peut se comprendre sans clarification préalable de la notion de gouvernance dans laquelle elle tire sa substance. En droit la notion de gouvernance est complexe à appréhender. Cela ressort de son caractère polysémique⁷, et surtout du fait qu'il s'agisse en réalité d'une notion que le droit subit, notion importée du système anglo-saxon et des sciences économiques et de gestion. Toutefois, la gouvernance n'est pas étrangère au droit. Dès l'instant où elle « *touche aux technologies de pouvoir* »⁸, et que le pouvoir est l'objet de la constitution⁹, elle devient nécessairement juridique. La notion semble insaisissable au plan définitionnelle à tel point que les auteurs adoptent une attitude réservée en se limitant à présenter les éléments d'appréhension plus ou moins constant. C'est dans ce sens que pour certains, par la gouvernance il s'agit de voir « *une certaine façon de prendre les décisions et d'harmoniser les intérêts, moyennant un renforcement de la concertation et de la*

¹ Voir le préambule de la constitution sénégalaise adopté le 07 janvier 2001.

² Voir le préambule de la Constitution Nigérienne du 21 novembre 2011.

³ Article 25 de la Constitution de la République Centrafricaine.

⁴ Article 55 de la constitution du Tchad.

⁵ Article 230 de la constitution congolaise.

⁶ Article 236 de la constitution congolaise.

⁷ D. MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », Les Cahiers de Droit, vol. 47, n 1, mars 2006, p. 95.

⁸ J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », In : Mélanges AMSELEK, Bruylant, 2005, p. 189.

⁹ L. FAVOREU, P. GAÏA, et alii, Droit constitutionnel, 21e édition, DALLOZ, 2014, p. 6. V. également

négociation entre partenaires sociaux »¹. Pour d'autres la gouvernance tend à « *appréhender la gestion, aussi bien des institutions publiques que des personnes privées, sous l'angle de l'efficacité économique, de la transparence et des procédures participatives, dans un contexte économique libéralisé* »².

La gouvernance se présente comme une gestion centrée sur des objectifs déterminés nécessitant une méthodologie particulière. Dans le domaine du pouvoir politique, elle s'oppose frontalement aux procédés antérieurs dictatoriaux et contreproductifs que les Etats africains ont pendant longtemps développés et dont ils s'en libèrent depuis le début des années 1990 avec des avancées notables³. Il n'est donc pas surprenant que son expansion au plan international coïncide avec l'émergence d'une idéologie libérale favorable à l'éclosion des droits humains en réponse aux deux guerres mondiales et à la guerre froide qui a pris fin avec l'écoulement du mur de Berlin. La gouvernance s'est imposée partout en faisant la promotion « *de nouvelles méthodes de décision et d'action* »⁴. Elle a surtout imposé une refondation des logiques devant guider l'action de l'Etat. Par la gouvernance, il est attendu de l'Etat qu'il exerce réellement le pouvoir, c'est-à-dire qu'il réalise effectivement les aspirations du peuple souverain. Une telle conception de la gouvernance peut rendre tautologique la notion de bonne gouvernance, car si la gouvernance « *consiste à administrer la chose publique avec méthode et efficacité* »⁵ elle induit nécessairement une attitude qui peut être qualifiée de bonne.

Au regard des déclinaisons de la gouvernance, elle ne peut être en principe qu'un modèle de bonne gestion. Tel ne semble pas être le cas. Les exemples africains des Etats ayant subi les programmes d'ajustement structurel autrement dit les programmes de gouvernance révèlent que ceux-ci n'ont pas toujours atteint les objectifs escomptés. L'on a plutôt constaté « *leur mauvais gouvernement et de*

¹ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, 10^e édition, PUF, 2014, p. 493.

² S. GUINCHARD, T. DEBARD, Lexique des termes juridiques 2017-2018, 25^e édition, Paris, DALLOZ, 2017, p. 940.

³ D. DIA, Les dynamiques de démocratisation en Afrique noire francophone, thèse de doctorat en Science Politique, Université Jean Moulin Lyon 3, 2010, p. 175.

⁴ J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », RFAP, 2003/1 n°105-106, p. 205.

⁵ C. KEUTCHA TCHAPNGA, « L'influence de la bonne gouvernance sur la relance de la

l'échec des politiques d'aide au développement »¹. Sur le plan du formalisme juridique, on peut pourtant constater que ces Etats ont inscrit dans leurs différentes constitutions et autres textes juridiques les exigences de la gouvernance. Or, de la part des bailleurs de fonds à l'initiative des PAS, le plus important est non le formalisme, mais le pragmatisme, l'effectivité de la gouvernance. A partir de là, la gouvernance plonge dans le sillage des autres modes de gestion dont on évalue les acteurs sur leurs actes en posant des qualificatifs. La bonne gouvernance devient celle qui met l'accent sur les exigences théoriques et qui insiste sur l'opérationnalisation dans une Afrique où l'inapplication des textes est considérée comme une grande faiblesse du droit².

L'émergence de la notion de bonne gouvernance est certainement une réponse aux errances de celle de la gouvernance. C'est pourquoi dans la doctrine on observe une interchangeabilité des deux notions. Toutefois, la bonne gouvernance semble s'imposer aujourd'hui avec un contenu précis qui est un dépassement de celui de la gouvernance. En Afrique où la notion prend une connotation particulière, la bonne gouvernance est présentée par les partenaires internationaux « *comme une forme avancée de la démocratie, de la participation, de la proximité avec les citoyens, de la transparence, et de l'efficacité* »³. Sur le plan technique, ces différentes exigences sont des contraintes imposées aux Etats africains sous le couvert de la conditionnalité à travers les programmes d'ajustements structurels lancés à la fin des années 1980. Cette conditionnalité à cette époque « *oblige les Etats à reformer en contrepartie d'une aide financière* »⁴. Elle est donc le reflet de la volonté pour les partenaires internationaux de s'assurer de la bonne gestion des fonds accordés sur la base des standards internationaux⁵.

¹ J. ZADI, La question de la bonne gouvernance et des réalités sociopolitiques en Afrique : Le cas de la Côte d'Ivoire, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris-Est, 2013. p. 34.

² V. ZAKANE, « Le droit et le non-droit dans l'Etat de droit en construction en Afrique », Afrilex, p. 13.

³ J. ZADI, La question de la bonne gouvernance et des réalités sociopolitiques en Afrique...op.cit., p. 34.

⁴ M. ONDOA, « Ajustement structurel et réforme du fondement théorique des droits africains postcoloniaux : l'exemple camerounais », RASJ, Vol. 2, n° 1, 2001, p. 81

⁵ D. BOULEY, « les standards internationaux de la bonne gouvernance selon le Fonds Monétaire International », in M. BOUVIER, La bonne gouvernance des finances publiques dans le monde, Actes

En se perpétuant, les exigences de la bonne gouvernance finissent par épouser les aspirations des peuples. Elle n'est plus simplement vue comme une nécessité dans le management du pouvoir mais comme un droit fondamental du citoyen. Ainsi, la bonne gouvernance est devenue un impératif politique qui élève l'homme comme valeur suprême. L'idée avait déjà été exprimé par les bailleurs de fond qui associaient « *droits de l'homme, démocratie et développement, le raisonnement consistant à dire que la dernière composante de ce triptyque est déterminée par les deux premières* »¹. Les droits de l'homme, la démocratie² et le développement³ étant des droits de l'homme, il ressort que la bonne gouvernance qui cordonne tous ces droits ne peut être qu'un droit fondamental du citoyen.

En effet, la bonne gouvernance est un droit du citoyen, et non un droit de l'Homme. Elle est un droit du citoyen dans la mesure où elle impose des obligations qui peuvent bénéficier à tout le monde, mais dont seul le citoyen peut se prévaloir en exerçant sa citoyenneté qui « *se décline entre autres par l'aptitude à participer aux différentes élections organisées dans l'État, qui toutes expriment la souveraineté politique des citoyens sur un territoire donné* »⁴. Le citoyen se distingue de l'homme par sa capacité à bénéficier et à exercer des droits relatifs à l'organisation de la cité. Il s'agit des droits civils et politiques qui manifestent sa participation dans le peuple détenteur de la souveraineté⁵. Cette distinction entre Homme et citoyen est expresse dans certains textes internationaux⁶ lesquels textes expriment au profit du citoyen un degré de transformation devant le conduire à construire la vie en société. Le citoyen c'est au final cet Homme qui prend part aux affaires de la cité, une cité indispensable à son épanouissement. La bonne gouvernance étant la bonne gestion de la cité, elle devient un droit fondamental pour le citoyen. La question est donc celle de savoir quels sont les fondements de ce droit. Non encore

¹ J-L. ATANGANA AMOUGOU, « conditionnalité juridique des aides et respect des droits fondamentaux », Afrilex, n°2 septembre 2001, p. 2.

² Article 4 alinéa 2 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

³ Article 22 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁴ J.R. KEUDJEU DE KEUDJEU, « Citoyenneté et République dans le constitutionnalisme africain », Revue CAMES/SJP, n°001/2016, p. 101.

⁵ C. CUVELIER, Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple, Thèse de doctorat en droit public, université Lille II - Droit et santé, 2014, p. 46.

⁶ C'est le cas principalement de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui ne définit pas expressément ce qu'il faut entendre par Homme et citoyen mais qui consacre pour chacun d'eux

explicitement affirmé comme tel, le droit du citoyen qui se lit en filigrane dans les différentes constitutions des Etats nécessite pour pouvoir être consolidé d'avoir des bases solides. Celles-ci ne manquent pas. Ce droit repose sur la délégation momentanée de la gestion des affaires publiques aux gouvernants par le citoyen (I), et sur L'obligation subséquente de rendre compte de la gestion des affaires publiques au citoyen par les gouvernants (II).

I. La délégation momentanée de la gestion des affaires publiques aux gouvernants par le citoyen

Dans l'Etat, la souveraineté appartient au peuple et non aux gouvernants. A cet effet, « *la souveraineté du roi n'est qu'une pure fiction, puisque, si les peuples se révoltent, ils prendront conscience qu'ils peuvent tout, et que le monarque ne peut rien* »¹. Cela résulte du fait que les gouvernants ne sont que des intermédiaires² ou des représentants³ par lesquels le peuple exerce sa souveraineté. Ils reçoivent une délégation de souveraineté qui n'est jamais absolu. Elle est donc relative. Elle est relative dans la mesure où elle est limitée dans le temps (A) et pour une finalité précise (B).

A. La délimitation temporelle de la délégation

Les théories de la démocratie révèlent que la démocratie directe est un idéal qui « *n'a de sens que dans une communauté assez petite pour que tous les citoyens puissent se rencontrer directement* »⁴. Il est donc nécessaire que ces citoyens délèguent une portion de pouvoirs à des représentants (1) qui exerceront ce pouvoir pendant une période déterminée (2).

¹ C.M. PIMENTEL, « Du contrat social à la norme suprême », Jus Politicum - Autour de la notion de Constitution - n° 3 – 2009, pp. 10-11.

² Article 2 alinéa 1 de la constitution du Cameroun,

³ Article 4 de la constitution du Benin, article 4 de la constitution du Togo, article 5 de la constitution du Congo.

I. L'institutionnalisation de la représentation

Le peuple ne peut agir sans représentants. Cela est un fait que l'on ne peut dénier. L'idéal d'exercice du pouvoir ou de gestions des affaires publiques par l'ensemble des citoyens est rendu impossible par l'exorbitance de la taille de la population et par la grandeur des territoires. Certains auteurs comme Dominique Rousseau insistent sur la grandeur du territoire comme entorse à l'exercice direct du pouvoir par le peuple. Il affirme que cela est impossible « *parce que le pays est trop grand et qu'on ne peut pas réunir tout le monde, il faut quand même une représentation. Mais ce serait faute de mieux car ce serait quand même mieux si le peuple pouvait s'exprimer directement* »¹. La difficulté de la démocratie directe, de la gestion des affaires de la cité par le peuple réside également sur l'existence de doute quant à la capacité de ce peuple ou des citoyens à gérer ces affaires. Ce doute est fondé sur le caractère disparate et hétérogène du peuple qui prend un accent particulier dans les sociétés africaines².

Dans la plupart des Etats africains, le peuple ne parle pas d'une seule voix, il n'est pas uni. Si tel était le cas, il existerait de véritable nation car la nation est la forme finalisée d'une société d'assimilation. Dans ces Etats, la population est constituée des groupes ethniques et des tribus qui s'opposent les uns et les autres et dont les constitutions pensent favoriser³ l'assimilation à travers la consécration des concepts tels qu'autochtonie et minorité et en instituant un régime de protection en leurs faveurs⁴. Ces éléments contribuent à l'effritement de l'idée d'unité de la nation et remettent en cause la logique selon laquelle « *le peuple constituant n'est*

¹ D. ROUSSEAU, « Le référendum est-il un outil démocratique ? », Conférence-débat tenue à Toulouse, le samedi 18 novembre 2017, GREP MP, p. 6.

² A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 2012/2 n° 242, p. 88.

³ Les notions d'autochtones et de minorités sont présentées comme des nécessités dans les sociétés multiculturelles. Elles permettraient de maintenir une égalité par la discrimination positive à leur profit. Des voix s'opposent à cette logique sur le fondement qu'elle serait contraire au principe de la liberté.

*pas sans structure. Il est Un et il a Une volonté »*¹. Cette instabilité du principe de l'unité du peuple rend nécessaire la désignation de représentants devant agir au nom du peuple, au nom des citoyens. Des représentants devant agir pour le peuple et seulement en son nom. La représentation se présente donc comme le seul mécanisme de réalisation de la démocratie, « *elle est ce qui la permet parce qu'elle institue la scène où se construit la figure du citoyen qui est une des conditions de possibilité de la démocratie* »².

L'institution de la représentation est partout présente dans les constitutions en Afrique. Elle s'effectue par la désignation des institutions chargées exercer le pouvoir pour le peuple, des institutions recevant délégation de pouvoir. En effet, comme l'affirme Carré de Malberg, « *c'est la nation qui donne naissance à l'Etat par la délégation qu'elle fait de sa souveraineté aux gouvernants qu'elle institue dans sa constitution* »³. Cette délégation nécessite la désignation précise des représentants. Ceux-ci diffèrent d'un Etat à un autre. Le Cameroun se démarque en désignant directement le Président de la République et les membres du Parlement comme représentants du peuple⁴. En dehors de la constitution gabonaise qui voit en les institutions constitutionnelles un moyen pour le peuple d'exercer indirectement sa souveraineté⁵, les autres constitutions se limitent aux formules de *représentants*⁶ et *représentants élus*⁷. En dehors de toute désignation formelle, l'élection des dirigeants constitue le principale moyen d'identification des représentants du peuple, le seul procédé acceptable⁸

Dans la théorie constitutionnelle, en matière de représentation du peuple, « *les parlementaires et le chef de l'Etat disposent d'une autorité identique* »⁹. Ils

¹ C. COLLIOT-THELENE, « Les masques de la souveraineté », Jus politicum - n°8 – 2012, p. 5.

² D. ROUSSEAU, « l'équivoque référendaire », La vide des idées, 22 avril 2014. ISSN :2105-3030, p. 12.

³ R. CARRE De MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 13.

⁴ Article 2 alinéa 1 de la constitution du Cameroun.

⁵ Article 3 de la constitution du Gabon.

⁶ Article 4 de la constitution du Togo, article 26 de la constitution du Mali, article 26 de la constitution de la république centrafricaine.

⁷ Article 4 de la constitution du Benin, article 5 de la constitution du Congo, article 3 de la constitution du Tchad, article 6 de la constitution du Niger, article 51 de la constitution de Côte d'Ivoire.

⁸ G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, Droit constitutionnel, 25^e édition, LGDJ, 1997, p. 157.

⁹ J. GICQUEL, J.E. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, 27^e édition, Paris, LGDJ,

sont présentés comme ceux sur qui le peuple a jeté son dévolu pour conduire les affaires publiques. En Afrique, cette conception est à relativiser. Elle est à relativiser dans la mesure ou le contenu de la représentation n'est pas limitée à ses deux organes, et que la représentation ici n'implique pas une autorité identique. En élevant l'élection comme critère d'identification des représentants, les constitutions intègrent plusieurs autres organes. L'autre organe dont les dirigeants sont établis sur la base de l'élection et dont on ne fait jamais mention est la collectivité territoriale décentralisée. Dans les constitutions africaines, les collectivités locales sont constituées sous la base de l'élection¹. Elles ont ainsi « *une vocation représentative* »² qui n'est certes pas de la même dimension que celle du président de la république ou des parlementaires, mais dont la reconnaissance révèle toute son importance dans l'optique de l'exigence de bonne gouvernance à leurs dirigeants. L'exemple gabonais ou le conseil constitutionnel est présenté comme un instrument par lequel le peuple exerce indirectement sa souveraineté complète la liste des représentants.

La représentation n'implique pas une autorité identique entre les représentants. L'élection du président de la république dans la circonscription constituée de l'ensemble des citoyens crée à son profit une hiérarchie par laquelle il « *peut prétendre représenter à lui seul la nation tout entière* »³. Cette élection, la fragilité des autres représentants et à sa consécration comme incarnation de la nation lui offre « *une légitimité sans doute disproportionnée, une « super-légitimité* »⁴ avec des pouvoirs « *déraisonnés et livrés à eux-mêmes* »⁵. Le président de la république se présente en Afrique comme le principal représentant du peuple, celui qui détermine les autres représentants et qui peut mettre fin à leur activité de

¹ Aucune constitution ne déroge à ce principe qui prend ainsi une valeur impérative.

² B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 3^e édition, Paris, DALLOZ, 2014, p. 34.

³ P. BRUNET, A. LE PILLOUER, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », La Vie des idées, 4 octobre 2011. ISSN/2105-3030, p. 10.

⁴ M. FOUCAULT, « La Constitution de la Ve République va dans le sens du Président », Titre VII [en ligne], septembre 2018, n° 1. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-constitution-de-la-ve-republique-va-dans-le-sens-du-president>.

⁵ F.J. AÏVO, Le Président de la République en Afrique noire francophone. Essai sur les évolutions institutionnelles de la fonction au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo, thèse de doctorat en

représentation¹ matérialisant ainsi le principe de la limitation temporelle de la délégation.

2. La limitation du temps d'action des représentants

La représentation n'est jamais absolue et définitive. Si telle n'est pas le cas l'on ne saurait parler d'une exigence de bonne gouvernance car la bonne gouvernance impose une reddition des comptes après un temps d'action déterminé. Sur le plan de la théorie constitutionnelle, la limitation du temps d'action consacre la répudiation des gouvernements perpétuels, des gouvernements de confiscation du pouvoir par un individu.

En dehors de quelques cas marginaux², dans la plupart des Etats dans le monde le principe en matière de gestion des affaires est celui de la délégation de pouvoir pour une durée limitée. Cette limitation se justifie principalement dans la notion d'élection. Les différentes constitutions en Afrique centrales disposent que le peuple exerce sa souveraineté par des « *représentants élus* ». Dans toute démocratie, « *ceux qui font les lois et disposent d'un pouvoir de commander, de gouverner les citoyens, ne peuvent en disposer que moyennant le consentement de ceux-ci* »³. Ce consentement est donné à travers l'élection qui est la désignation officielle des personnes ayant reçu l'assentiment des citoyens. Cette désignation induit deux conséquences, l'une faisant l'unanimité et l'autre faisant objet de controverse.

La première conséquence est celle de la tenue des élections de manières périodique. Cette périodicité impose l'exercice de la délégation de pouvoir pendant une période déterminée. A cet effet, tous les représentants du peuple souverain exercent leurs attributions pendant une période déterminée avec des différences

¹ Le président dispose en effet du pouvoir de dissolution sur les assemblées parlementaires. Par contre, ces assemblées disposent dans des rares cas du pouvoir d'engager la procédure de destitution du président mais sous des conditions très contraignant rendant le processus plutôt illusoire.

² L'on pense ici aux Etats tel que le Maroc, l'Arabie saoudite, la Belgique, le royaume unie de Grande Bretagne... qui sont des Etats ayant à leurs têtes des monarques installés à vie. Toutefois, Les monarchies sont pour la plupart constitutionnelles c'est-à-dire

³ H. POURTOIS, « Les élections sont-elles essentielles à la démocratie ? », Philosophiques, Volume

de durée d'un pays à un autre. Pour ce qui est du parlement, sa durée d'action ou son mandat est globalement fixé à 5ans¹ pour l'assemblée nationale. Le Benin se distingue avec un mandat de 4 ans². En ce qui concerne la seconde chambre à savoir le sénat, des disparités de durée existent également. La durée oscille entre 5ans³ et 6ans⁴. La limitation de durée s'applique aussi sur la juridiction constitutionnelle. Cette durée est de 9 ans au Gabon⁵.

La limitation du temps d'action soulève un autre problème dont la controverse est alimentée par la divergence des positions. Cette divergence est surtout le fait des politiques et de la doctrine. Elle porte sur la limitation des mandats dans le temps. La limitation des mandats dans le temps consiste à fixer un nombre de mandats au-delà duquel une personne ne peut plus se présenter à une élection. Dans l'ensemble, les Etats ont fait le choix de limiter les mandats dans le temps. Cette limitation concerne uniquement les fonctions de président de la république et de juge constitutionnel. La limitation peut prendre le sens de l'interdiction de faire plus de deux mandats. La question qui se pose généralement est celle de savoir s'il s'agit de mandats consécutifs ou de mandats contigus. Certaines constitutions disposent que le président de la république est élu pour un mandat renouvelable une fois⁶. Si l'on entend le renouvellement comme l'action de recommencer une chose qui est arrivé à échéance, la limitation interdirait ici les mandats consécutifs au-delà de deux. D'autres constitutions sont plus explicites. C'est le cas du Benin⁷, du Niger⁸ qui consacrent le mandat renouvelable une seule fois, mais qui précisent qu'en aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels. Des lors, la limitation s'applique à la fois à des mandats consécutifs et à des mandats non contigus⁹.

¹ Article 113 de la constitution du Tchad, article 85 de la constitution du Niger

² Article 80 de la constitution du Benin.

³ Article 20 alinéa 4 de la constitution du Cameroun.

⁴ Article 35 de la constitution du Gabon.

⁵ Article 89 de la constitution du Gabon.

⁶ Article 66 de la constitution du Tchad, article 59 de la constitution du Togo.

⁷ Article 42 de la constitution du Benin.

⁸ Article 47 de la constitution du Niger.

⁹ STRICHER (D), La durée des mandats politiques. Approche institutionnelle et comparative, thèse

Le principe en Afrique est donc celui de la limitation des mandats en dehors des exemples camerounais et gabonais qui dans leurs histoires constitutionnelles ont fait l'expérience de la limitation avant de revenir à la rééligibilité indéfinie. La limitation s'impose au regard de la fragilité des autres représentants du peuple et de leur aptitude à être des véritables contre-pouvoirs. Tout cela étant favorable à la concentration des pouvoirs par le président de la république. A cet effet, la non-limitation des mandats du président peut porter au pouvoir un nouveau « César » ou un nouveau « Bonaparte » indépendamment du modèle de prééminence du droit ou de démocratie »¹. C'est donc au nom de la bonne gouvernance qu'est rejeté la longévité et les gouvernements perpétuels qui se construisent à travers la réélection indéfinie, laquelle « entraîne l'émergence de potentats, ou de responsables exposés ou succombant à la corruption »². Malgré cette interdiction, le goût du pouvoir est si envahissant que les présidents ne résistent pas et s'engagent dans des tentatives de passages en force³, par les modifications constitutionnelles avec suppression des clauses limitatives⁴, ou encore par l'interprétation du principe de la non rétroactivité dans un sens voulu comme cela est le cas actuellement avec la candidature du président Alassane OUATARA⁵. Le bon démocrate est celui qui se soumet aux restrictions de mandats, mandats durant lesquels il aura satisfait aux besoins des citoyens.

B. La détermination matérielle de la finalité de la délégation

¹ Commission de Venise, Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques, Adopté par le Conseil des élections démocratiques lors de sa 32e réunion (Venise, 11 octobre 2012) et par la Commission de Venise lors de sa 93e session plénière (Venise, 14-15 décembre 2012), p. 13.

² LOADA (A), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », Revue électronique Afrilex n°03/2003, p. 151.

³ Tel fut le cas du président congolais Joseph Kabila qui a finalement abandonné cette volonté en se soumettant à la limitation du mandat prévu par la constitution.

⁴ Voir la révision constitutionnelle camerounaise de 2008.

⁵ Le président OUATARA avait été élu en 2010 sur la base de la constitution qui limitait le nombre de mandat à deux. En 2016 intervient une nouvelle constitution qui reconduit cette clause. Initialement, il avait annoncé ne pas se représenter, l'on voyait alors une application de la constitution. Par concours de circonstance il annonce qu'il est candidat et une opposition se construit sur la légalité de sa candidature. Ses partisans évoquent la non rétroactivité de la

Le peuple en déléguant sa souveraineté aux gouvernants le fait pour une finalité précise. Les représentants du peuple ont l'obligation d'agir dans le sens de cette finalité qui consiste à réaliser de manière exclusive (1) et méliorative l'intérêt général (2).

I. La réalisation exclusive de l'intérêt général

La bonne gouvernance n'a de sens que si les citoyens ont assigné une feuille de route, des objectifs à leurs représentants. Les représentants sont en principe élus sur la base d'un programme, d'un projet qu'ils s'engagent à défendre ou à appliquer pendant la durée du mandat. Ces programmes doivent exclusivement concourir à satisfaire l'intérêt général.

Les représentants n'ont pas été établis pour défendre leurs propres intérêts. Ils doivent défendre l'intérêt de tous. Le moteur de leurs actions « *est essentiellement désintéressé : c'est la poursuite de l'intérêt général, ou encore de l'utilité publique, ou, dans une perspective plus philosophique, du bien commun* »¹. La recherche et la réalisation de ce bien commun est encadré par la criminalisation de certains comportements qui amènent les représentants à tirer profit en dehors de ceux institués. La constitution centrafricaine est plus explicite sur la question. Elle dispose que la Haute Autorité chargée de la Bonne Gouvernance « *veille à proscrire toute gestion familiale, clanique, patrimoniale et partisane de la chose publique* »². Dans l'action des représentants, la tentation d'user des privilèges et avantages accordées par la fonction dans le sens des intérêts individuels est constante. L'histoire contemporaine offre des exemples à ce sujet. C'est le cas de François Fillon dont les chances pendant la campagne présidentielle Française de 2017 ont été grandement émaillées après la révélation des scandales liés à l'emploi de sa femme et de ses enfants comme attachés parlementaires alors qu'il était encore

¹ J. WALINE Droit administratif, 27e édition, Paris, DALLOZ, 2018, p. 41.

parlementaire. Dans sa décision rendu le 29 juin 2020, le juge correctionnel affirme qu' « *en faisant prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt commun, il a contribué à éroder la confiance des citoyens* »¹.

Le représentant du peuple doit agir dans le sens des intérêts du peuple. La bonne gouvernance impose qu'il s'astreint uniquement et exclusivement à défendre les intérêts du peuple souverain de qui il a reçu le mandat. L'intérêt privé du représentant qui peut « *consister en la perception, directe ou indirecte, de bénéfices, d'avantages financiers ou en nature* »² constitue une lourde faute politique qui participe à construire une méfiance des citoyens envers leurs représentants et qui appelle à la moralisation de l'espace politique³. L'espace politique africain requiert un élargissement des exigences de bonne gouvernance dans les sens du respect exclusif des besoins d'intérêt général par les gouvernants, un respect mélioratif.

2. La satisfaction méliorative de l'intérêt général

L'intérêt général encore entendu comme gestion de la chose publique qui est en même temps l'objet propre de la politique et la finalité du pouvoir⁴ ne peut se satisfaire d'une simple gestion. Elle nécessite une gestion productive dans le sens de l'amélioration effective des conditions de vie des citoyens.

La bonne gouvernance impose de sortir de la gestion publique caractérisée par la logique des moyens. La bonne gouvernance est la celle des résultats. Elle repose sur le paradigme de la gestion axée sur les résultats. Elle impose un changement dans le management longtemps appliqué. La culture qui doit habiter l'action des représentants est celle de la performance. C'est ainsi qu'émerge et se construit l'idée d'un nouveau management public. Porteur des valeurs d'efficacité et de performance, son efficacité réside dans le fait qu'il « *connote la rationalité, que la*

¹ Décision citée par WIKIPEDIA, « Affaire Fillon. Affaire de corruption d'un politique français », consulté le 29 septembre 2020 à 10h 54min, https://fr.m.wikipedia.org/wiki/Affaire_Fillon

² M. PINAULT, « Conflits d'intérêts : glaive ou boomerang ? », Pouvoirs – 147. 2013, p. 54.

³ A la faveur des révélations de l'affaire Fillon, le gouvernement a engagé des réformes sur la moralisation de la vie politique. L'un des premiers textes adoptés fut la loi n°2017/1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

participation des usagers connote l'humanité, que le marketing public connote à la fois la rationalité du management et l'humanité de qui tient compte des besoins du public »¹. Les besoins des citoyens doivent être effectivement et qualitativement réalisés par chacun des représentants dans ce qui ressort de sa fonction.

Le parlement est attendu dans ses fonctions de légiférer et de contrôler l'action du gouvernement. Il doit effectivement jouer son rôle de contre-pouvoir car en ne le faisant pas, « *l'exécutif devient rapidement puissant, isolé et liberticide* »². Ce rôle sera apprécié au regard de la qualité des lois adoptées qui doivent être favorables aux libertés et droits fondamentaux, et au regard de la fréquence du contrôle qui appartient en premier lieu au parlement dans la démocratie représentative³. La qualité du service est également attendu président de la république. En ce qu'il incarne la nation, il doit agir dans le sens de la préservation de l'unité nationale dans une Afrique faisant face à des replis identitaires et à l'exacerbation du tribalisme entre les communautés. Enfin, le juge constitutionnel là où il est considéré comme un représentant du peuple doit agir par ses décisions dans la logique la préservation de la paix et de la stabilité, la promotion et la défense du respect de l'Etat de droit. La détermination de ses différentes exigences permet une évaluation de l'action de ces représentants.

II. L'obligation subséquente de rendre compte de la gestion des affaires publiques au citoyen par les gouvernants

La délégation de souveraineté pour gérer les affaires publiques dont jouissent les représentants leur impose une obligation de rendre des comptes. Cette reddition des comptes se traduit par l'application de la transparence dans la gestion (A), laquelle peut entraîner la réprobation des gouvernants défailants(B).

¹ R. LAUFER, A. BURLAUD, Management public. Gestion et légitimité, Paris, DALLOZ, 1980, p. 30.

² K. SOMALI, Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo, thèse de doctorat en Droit, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2008, p. 430.

³ KHADIM THIAM, Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'Etat de droit en Afrique francophone,

A. L'application de la transparence dans la gestion des affaires publiques

La démocratie et la bonne gouvernance s'opposent à une gestion des affaires publiques exclusive du citoyen. La bonne gouvernance impose la transparence car c'est elle qui permet d'évaluer les représentants. Elle nécessite la libéralisation de l'accès à l'information (1), et la promotion de la gestion participative (2).

1. La libéralisation de l'accès à l'information

Les citoyens doivent avoir accès à l'information publique. Cette obligation a pendant longtemps été absente dans le fonctionnement des institutions publiques, dans l'action des représentants du peuple souverain.

En effet, la plupart des Etats africains ont fonctionnés à l'origine sur la base du silence et du secret. Cette manière de fonctionner a favorisé le développement d'un manque d'intérêt pour la chose publique de la part des citoyens. Elle a surtout fait émerger une distanciation entre le peuple et ses représentants. Les conséquences ont surgi avec la révélation des scandales liés à l'utilisation des biens publics à des intérêts autres que publics. L'accroissement du niveau d'alphabétisation et le développement du numérique ont permis la construction d'une culture démocratique dans la conscience collective. Ils ont favorisé l'unification des sociétés qui « *se connectent, se brassent et échangent des idées entre elles* »¹. Les citoyens aidés par les expériences étrangères et surtout grâce à l'universalité des droits² prônée par les Nations Unies revendiquent la transparence dans la gestions des affaires publiques.

La transparence est premièrement liée à l'information. Elle impose comme exigence de rendre l'accès ouvert à l'information. Cette obligation s'impose dans la mesure ou les citoyens ont toujours besoin de savoir comment les dirigeants exercent le pouvoir à eux confié, de savoir si ce pouvoir est toujours orienté vers la satisfaction

¹ A.B. FALL, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs* 2009/2 (n° 129), p. 84.

² G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *RTDH*, (53/2003), p.

de leurs besoins, la satisfaction des missions d'intérêt général. La libéralisation de l'information met à la charge des gouvernants l'obligation de rendre public toutes les informations concernant leurs fonctions et toutes les informations de la vie privée pouvant avoir un impact sur la fonction. En ce qui concerne les éléments de la vie privée, il ressort que les dirigeants doivent faire état de leurs patrimoines en déclarant les biens¹. Il en est de même en ce qui concerne l'état de leur santé. Les constitutions sont silencieuses sur cette question, elles se limitent à exiger un bon état de santé pour les candidats à la présidence mais font fi de la qualité de l'état de santé pendant le mandat. Pourtant, l'état de santé d'un dirigeant peut engendrer des crises constitutionnelles comme on l'a vu au Gabon².

Tous les systèmes constitutionnels sont désormais orientés vers la transparence. Il est question de consolider la démocratie qui s'est « *largement construite contre le et les secrets de l'État* »³. Les gouvernants ont l'obligation de rendre accessible aux citoyens les informations concernant la gestion publique. Cette obligation commence par la clarification des procédés d'action à la représentation c'est-à-dire le processus électoral⁴, et se poursuit dans la gestion courante notamment celle financière⁵ et administrative⁶. Elle constitue donc une façon « *de rapprocher*

¹ Article 66 de la constitution du Cameroun.

² Le président Ali BONGO a été malade pendant une longue durée paralysant de ce fait le fonctionnement des institutions notamment la tenue des conseils des ministres dont il était le seul à pouvoir convoquer. La cour constitutionnelle a dû se prononcer et elle a révisé la constitution en ajoutant un alinéa qui permet désormais au vice-président ou au premier ministre de convoquer les conseils de ministre en cas d'empêchement du président de la république. V. Décision n°219/CC du 14 novembre 2018 relative à la requête du premier ministre tendant à l'interprétation des dispositions des articles 13 et 16 de la constitution.

³ J-M. BELORGEY, « l'Etat entre transparence et secret », POUVOIRS – 97, 2001, p. 25.

⁴ K. AFO SABI, La transparence des élections en droit public africain, à partir des cas béninois, sénégalais et togolais, thèse de doctorat en droit, université Montesquieu – Bordeaux iv, université de Lomé, 2013, 538p.

⁵ Voir CEMAC-Directive-2011-06-transparence-finances-publiques transposée dans les différents Etats de la communauté. Au Cameroun elle s'est faite par la loi n°2018/011 du 11 juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

⁶ Voir F. GRABIAS, « La transparence administrative, un nouveau principe ? », JCP / La semaine

les citoyens de l'exercice du pouvoir »¹ justifiant ainsi la position de la doctrine qui pense qu'elle est un indicateur du bon gouvernement².

2. La promotion de la gestion participative

La gestion participative est une déclinaison de la transparence. Elle invite les gouvernants à associer les citoyens dans la gestion des affaires publiques car la démocratie c'est « *le gouvernement de tous, l'implication de chaque citoyen dans les choix collectifs* »³. Elle favorise indubitablement « *la participation et l'engagement démocratique de tous* »⁴. La participation des citoyens dans la gestion des affaires publiques reste tributaire d'un ensemble de mécanismes dont la mise en œuvre ne relève pas principalement des citoyens.

En effet, les constitutions consacrent deux principaux modes d'intervention citoyenne dans la gestion des affaires publiques : il s'agit du référendum et de la pétition. S'agissant du référendum, sa considération comme mode de participation citoyenne dans la gestion du pouvoir découle de la non-limitation de son contenu à l'adoption d'une constitution ou à l'approbation d'une révision constitutionnelle. Elle repose sur l'extension du domaine du référendum aux lois *infra-constitutionnelles* qui sont les supports des politiques publiques. C'est cette considération qui semble imposer le référendum pour des questions ayant des répercussions profondes sur les citoyens. C'est le cas des constitutions camerounaise et centrafricaine qui disposent que le président de la république « *peut soumettre au référendum tout projet de réforme qui, bien que relevant du domaine de la loi, serait susceptible d'avoir des répercussions profondes sur l'avenir de la Nation et les Institutions nationales* »⁵. La matière bien que faisant

¹ D. CURTIN, J. MENDES, « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'union européenne », *Revue française d'administration publique* 2011/1 (n° 137-138), p. 106.

² D. MOCKLE, *Le principe général du bon gouvernement* », *Les Cahiers de droit*, Volume 60, numéro 4, décembre 2019, pp. 1072-1074.

³ J-P. GAUDIN, « La démocratie participative », *Informations sociales*, n° 158, 2010/2, p. 42.

⁴ A. ROUX, « Transparence et démocratie », in *Long cours, mélanges Pierre BON*, Paris, DALLOZ, 2014, p. 431.

objet d'une compétence attribuée au parlement peut être déferée directement devant le peuple pour qu'il se prononce : il s'agit du référendum législatif¹.

Le second mécanisme de participation institué est la pétition. La doctrine voit en ce mécanisme plus de promotion de la participation citoyenne par rapport au referendum et appelle à le vivifier². Cette vulgarisation ne se traduit pas par un engouement des constitutions. Seule la constitution du Congo démocratique se distingue. Elle affirme que « *tout Congolais a le droit d'adresser individuellement ou collectivement une pétition à l'autorité publique qui y répond dans les trois mois* »³. D'autres Etats comme le Cameroun ont restreint le champ de la pétition en posant un formalisme contraignant⁴ qui justifie que le mécanisme soit dépourvu d'intérêt de la part des citoyens. La pétition et le referendum sont certes dans le principe des mécanismes de participation des citoyens à la gestion de la cité, mais ils demandent que leurs contenus soient revus dans le sens de faciliter cette participation. S'agissant du référendum cela nécessite d'ouvrir l'initiative aux citoyens. Il en est de même de la pétition qui doit être consacrée dans toutes les constitutions avec un contenu libéral nécessaire à l'approbation citoyenne. La survie de la démocratie représentative par l'éclosion de la participation citoyenne passe par la réforme de ses mécanismes car « *une participation élevée est un signe certain de bonne santé politique, tandis qu'une faible participation est sans aucun doute un symptôme de malaise politique* »⁵.

La participation se mesure à l'ère contemporaine par l'effectivité de la décentralisation. La consécration de la décentralisation dans les textes constitutionnels africains est aujourd'hui une réalité dont on ne pouvait parier il y a quelques années avec l'extrême centralisation du pouvoir qui caractérisait les premiers régimes postcoloniaux. Pour cela, l'on peut dire qu'« *une évolution*

¹ Il se distingue du referendum constitutionnel qui lui porte soit sur l'adoption d'une nouvelle constitution, soit sur la révision de celle existante.

² O. DUHAMEL, « Le référendum d'initiative citoyenne, soit poison, soit illusion », La Semaine Juridique Edition Générale n° 1-2, 14 Janvier 2019, 3.

³ Article 27 de la constitution de la République démocratique du Congo.

⁴ Ces formalités sont constituées du contrôle de l'identité du pétitionnaire, du contrôle du contenu de la pétition, du filtrage opéré par le parlement à travers la commission compétente. Voir les articles 89 à 84 de la loi n°2013/006 du 10 juin 2013 portant règlement intérieur du Sénat.

significative a été opérée »¹. La décentralisation est une technique de rapprochement des citoyens du pouvoir. La législation camerounaise l'exprime explicitement lorsqu'elle dispose que la décentralisation est « *l'axe fondamental de promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local* »². La démocratie c'est fondamentalement la prise en compte du peuple comme source du pouvoir, la bonne gouvernance c'est la bonne gestion de ce pouvoir. Ce couple dont la décentralisation transporte vers la base de la société constitue nécessairement une réappropriation de la souveraineté par les citoyens. Vu ainsi, la décentralisation reconfigure nécessairement le sens de la démocratie. La décentralisation est dans son principe, libérale et inclusive, elle est démocratique. Elle promeut la participation qui permet « *aux citoyens de s'investir plus largement dans la vie de la cité, en-dehors des seules périodes électorales* »³. Il est donc question pour le citoyen d'exercer directement son pouvoir ou d'être associé de manière effective dans la gestion des affaires locales⁴. L'inclusion populaire est ainsi établie, manifestant par-là « *un engagement en vertu duquel chacun est activement citoyen* »⁵.

La présentation théorique qui vient d'être fait contraste avec la mise en œuvre, l'expérimentation. L'on observe une application disparate dans les différents Etats qui fait Etat des reculades et des avancées significatives. Un Etat se démarque nettement, il s'agit du Togo. Dans sa législation, le Togo a consacré un mécanisme favorable à la participation citoyenne. En effet, dans sa loi sur la décentralisation, le Togo a institué le bureau du citoyen. Il s'agit d'une « *institution locale de contrôle de l'action publique locale par les citoyens. Il est un centre d'écoute et de recueil des attentes, préoccupations et suggestions des citoyens de la collectivité*

¹ B-R. GUIMDO DONGMO, « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun (Contribution à l'étude de l'émergence d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales décentralisées) ». Revue générale de droit, Volume 29, numéro 1, décembre 1998, p. 81.

² Article 5 alinéa 2 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code général des collectivités territoriales décentralisées.

³ J-N. BIRCK, Les nouveaux enjeux de la démocratie participative locale Pratiques et usages de la participation citoyenne à Nancy et au Conseil général de Meurthe-et-Moselle, Thèse de doctorat en science politique, Université de Nancy 2, 2010, p. 19.

⁴ M. FINKEN, Gouvernance communale en Afrique et au Cameroun, L'Harmattan, 2011, p. 36.

⁵ M. FORSE, C. GUIBET LAFAYE, « La démocratie participative et les devoirs du citoyen », Archives Européennes de Sociologie / European Journal of Sociology, Cambridge University Press (CUP),

territoriale »¹. Cette institution est innovation à encourager dans les régimes de la décentralisation des Etats. Le Cameroun a récemment adopté une forme inachevée de ce type d'institution, en ce sens qu'au regard de ses fonctions elle ne fait office que de médiateur². La participation citoyenne doit être élargie. Elle doit globalement intégrer de manière effective la consultation et l'information. C'est cette participation qui concourt à l'évaluation de l'action des représentants avec la possibilité d'une réprobation en cas de manquement.

B. La réprobation des gouvernants défaillants

La bonne gouvernance répudie l'impunité. Elle exige une réédition des comptes dans la gestion de la souveraineté confiée aux représentants. A cet effet, les gouvernants défaillants peuvent subir la réprobation citoyenne dans le cadre légal (1) ou par des mouvements de résistance qui de plus en plus se généralisent (2).

1. La complexification de la mise en œuvre des mécanismes institués de désapprobation

Le peuple qui délègue sa souveraineté pour la gestion des affaires publiques est fondée à sanctionner les bénéficiaires qui n'ont pas respectés les exigences de cette délégation. Par une lecture superficielle des textes applicables on pourrait vite conclure à la possibilité de mettre en œuvre les mécanismes de sanction contre les autorités défaillantes. Il faut pourtant constater qu'il ne suffit pas que des mécanismes soient consacrés pour qu'ils soient effectifs. Il faut encore voir si leur mise en œuvre est fluide et évidente. A cet effet, les textes constitutionnels ne rendent pas la tâche facile.

L'infraction suprême contre le droit à la bonne gouvernance est la haute trahison. Son domaine est large. Il intègre « *les violations graves et caractérisées des droits de l'Homme* »³, « *l'affairisme* »⁴, la « *compromission des intérêts nationaux en matière de gestion des ressources naturelles et du sous-sol et d'introduction de*

¹ Article 17 de la loi n°2019-006 du 26 juin 2019 relative à la décentralisation et libertés locales.

² Article 4 alinéa 1 du décret n°2020/773 du 24 décembre 2020 déterminant les modalités d'exercice des fonctions du Public Independant Conciliator auprès des régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest.

³ Article 157 de la constitution du Tchad.

déchets toxiques sur le territoire national »¹. La haute trahison est l'« *incrimination traditionnelle justifiant la mise en accusation du chef de l'État* »². Elle a été plus tard étendue à l'ensemble des personnes exerçant les hautes fonctions dans l'Etat à savoir les ministres, les parlementaires. Si la déclinaison du contenu de l'infraction de haute trahison est louable, la complexité réside dans la mise en œuvre de la répression. La mise en accusation des autorités pour haute trahison se déroule devant une institution précise à savoir la haute cour de justice. Elle fait l'objet de complexités qui résident « *dans le manque de volonté réelle de mettre en pratique les dispositions constitutionnelles pertinentes* »³ notamment l'absence de textes d'application relatif à la haute cour de justice⁴, mais aussi dans la quasi-impossibilité de mettre en œuvre une quelconque répression du fait des contraintes procédurales. Dans les constitutions africaines, les contraintes procédurales sont parfois poussées à l'extrême. Cela s'explique certainement par le fait que « *le chef de l'État, quelle que soit la manière dont il a été choisi, doit être mis en situation d'exercer convenablement sa charge. Il ne doit pas être dérangé dans l'exercice de ses responsabilités* »⁵, mais cela rend les dispositions constitutionnelles purement décoratives.

La mise en cause des dirigeants par rapport aux infractions contre la bonne gouvernance est jalonnée d'étapes. Avant d'aboutir au procès proprement dit, la constitution centrafricaine distingue deux phases : la demande de mise en accusation et la résolution de mise en accusation. S'agissant de la mise en accusation, elle « *n'est recevable que si elle recueille la signature de cinquante pour cent (50%) des Députés qui composent l'Assemblée Nationale* »⁶. Cela n'est possible en réalité que si l'on est dans un système où la majorité parlementaire est relative. Cette situation est très rare en Afrique, surtout en Afrique centrale⁷. Ici, les

¹ Article 142 de la constitution du Niger.

² P. AVRIL, J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, 4^e édition, p.

³ Z. DABONE « La poursuite des actes des autorités en charge de l'Etat », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 254.

⁴ C'est le cas au Cameroun où depuis la révision constitutionnelle de 1996 qui consacrait cette institution la loi devant l'organiser, préciser ces compétences est toujours attendue.

⁵ F. DELPEREE, « La responsabilité du chef de l'État » *Brèves observations comparatives*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/1 n° 49, p. 37.

⁶ Article 125 de la constitution de la république centrafricaine.

⁷ Dans les régimes de prééminence présidentielle comme les régimes africains, les parlements ne

partis au pouvoir ont des majorités parlementaires obèses qui rendent très peu probable de simples opposition contre les actes du président de la république¹. Recueillir la signature de 50% de parlementaire contre les actes du président de la république se présente à proprement parlé comme une utopie. La seconde étape est celle de l'adoption de résolution de mise en accusation. Ici également, « *Le Président de la République ne peut être mis en accusation que par l'Assemblée Nationale si le vote au scrutin secret recueille les deux tiers (2/3) des Députés* »². Très improbable que cela puisse se produire pourrait-on dire. Il est donc clair que « *la constitution de même que la révélation de faits politiques tendent à corroborer l'idée d'une relégation de la représentation nationale* »³. Du fait de cette complexité des procédures, les cas de mise en accusation des dirigeants contre leurs défaillances sont très rares. Cette complexité construit dans l'imagerie populaire l'idée d'une immunité ou d'une irresponsabilité qui n'est certes pas formellement établie⁴ mais qui est matériellement constatable.

La désapprobation des citoyens doit se faire par des mécanismes qui suivent la même logique que l'acte de délégation. Le mécanisme qui rentre dans cette logique est le mandat impératif. Le mandat impératif fait pourtant l'objet d'une interdiction dans toutes les constitutions⁵. Cette interdiction est curieusement limitée aux mandats des parlementaires⁶ sans pour autant signifier que les autres représentants feraient l'objet d'un mandat impératif. Pour la doctrine, les

exécutif qui s'arrange à avoir une domination sur eux à travers les majorités et obèses et l'application stricte de la discipline imposée par le parti dont le président de la république demeure le chef.

¹ J-S. BODA, « L'intérêt à agir des parlementaires et les actes du président de la République », Droit Administratif, n° 7, Juillet 2013, comm. 48.

² Article 125 de la constitution de la république centrafricaine.

³ J.C. ABA'A OYONO, « L'insécurité juridique en matière constitutionnelle. Questionnement sélectif sur l'articulation et la pratique constitutionnelles au Cameroun », in M. KAMTO, S. DOUMBE-BILLE, B.M. METOU (dir), Regards sur le droit public en Afrique. Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph-Marie BIPOUN WOUM, L'Harmattan, 2014, p. 74.

⁴ L. FAVOREU, « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », Revue française de droit constitutionnel, 2002/1 n° 49, p. 11.

⁵ Article 84 de la constitution du Burkina Faso, article 15 alinéa 3 de la constitution du Cameroun, article 114 de la constitution du Tchad, article 87 de la constitution du Niger, article 52 de la constitution du Togo,

⁶ L. FAVOREU, P. GAÏA et alii, Droit constitutionnel, op.cit., p. 786. V. également F. HAMON, M.

parlementaires ne sont pas les délégués ou les mandataires du peuple¹, ils ne sont pas soumis au contrôle des électeurs. Cette affirmation rame à contrecourant de la logique de la représentation. Le peuple est le seul souverain et il délègue sa souveraineté au travers des élections. Les représentants disposent effectivement d'un mandat durant lequel il agisse au nom de ce peuple. La répudiation du mandat impératif constitue une appropriation de la souveraineté par les représentants car il ne peut avoir délégation sans contrôle et sans reddition des comptes. Cela justifie l'accroissement de l'abstention dans les différentes élections. En France, ces différentes dérives ont donné lieu à des projets de réformes. L'un de ses projets consiste à consacrer le referendum d'initiative citoyenne avec possibilité de révocation des élus².

La répudiation du mandat impératif déforme la consistance de l'élection. Celle-ci se présente alors comme le seul moyen légal pour le peuple de sanctionner ses représentants. L'on part donc d'un vote approbation à un vote sanction. Cette forme de sanction ne retient pas l'assentiment des citoyens qui se désintéressent de plus en plus de la politique³. Le droit des citoyens à la bonne gouvernance impose la consécration du droit de sanctionner les dirigeants. Cette sanction pourrait être construite sur le modèle de l'impeachment dont la constitution centrafricaine s'inspire⁴. Les citoyens auraient alors la possibilité d'engager à tout moment le processus de destitution de toutes les personnes détentrices d'un mandat populaire. Dans le cas contraire, le peuple est contraint à engager la résistance.

2. L'affirmation d'un droit de résistance à l'oppression

¹ E. ZOLLER, Droit constitutionnel, 1^e édition, PUF, 1998, p. 356

² Q. GIRAULT, « L'adoption du référendum d'initiative citoyenne, un moyen de préserver la V République » La Semaine Juridique Edition Générale n° 1-2, 14 Janvier 2019, 4.

³ L'on peut constater cela à travers le faible taux de personnes inscrites sur les listes électorales. On moment des consultations électorales, la désapprobation se manifeste par les taux d'abstention très élevés.

⁴ L'impeachment est la procédure de destitution du président de la république en cas de manquements à ses fonctions. La constitution centrafricaine est l'une des rares sinon la seule en Afrique noir francophone à instituer la possibilité de destitution du président de la république. Elle repose sur la violation des incompatibilités et des interdictions posées par la constitution (v. article

L'Afrique est sans aucun doute le continent dans lequel on dénombre le plus d'instabilité. Cela résulte du fait que c'est également dans ce continent que l'on identifie la grande majorité des gouvernements autoritaires avec parfois un revêtement des parures de l'Etat de droit. La logique dictatoriale qui n'a jamais suffi à faire taire le peuple provoque généralement des mouvements d'opposition et de défiance violente ou non dans le but de renverser les gouvernants. Cette action que l'on qualifie d'insurrection dans le but de la criminaliser est parfois porteuse d'aspiration profonde des citoyens à reprendre leurs pouvoirs.

Aucune constitution ne reconnaît et n'encadre de manière stricte le droit de résistance à l'oppression. Les constitutions dont on peut penser qu'elles font une référence même implicite à la résistance à l'oppression le font de manière restrictive, elles n'abordent pas la question dans le fond. La nouvelle constitution centrafricaine dispose par exemple qu'en cas de coup d'Etat, d'agression par un Etat tiers ou par des mercenaires, « *tout citoyen ou groupe de citoyens a le droit et le devoir de s'organiser d'une manière pacifique, pour faire échec à l'autorité illégitime* »¹. Dans ce cas, l'oppression est perçue comme le renversement de l'ordre constitutionnel en vue de l'établissement des dirigeants de fait. Ainsi, toute action de renversements des autorités en dehors des élections rentre dans le cadre des changements anticonstitutionnels de gouvernement décriés par la charte africaine sur la démocratie². Les constitutions Burkina³ et du Bénin⁴ s'inscrivent dans cette logique.

Le droit de résistance ne saurait être limitée à l'appel au peuple pour défendre l'ordre constitutionnel contre les attaques de déstabilisation. Il concerne aussi et surtout la résistance contre la mal gouvernance imposée par des gouvernements légaux. C'est un droit de plus en plus revendiqué et mis en œuvre par les citoyens africains jaloux de liberté et de bonne gouvernance. Les révolutionnaires français avaient vu juste en consacrant ce droit comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme⁵. Ce droit constitue en Afrique le socle des mouvements ayant conduit

¹ Article 29 de la constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

² Article 2 de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

³ Article 167 de la constitution du Burkina Faso.

⁴ Article 66 de la Constitution béninoise

au renversement du régime de l'apartheid en Afrique du sud ou encore à la révolution arabe qui a favorisé le départ des présidents tunisien et égyptien en 2011¹.

Le droit de résistance à l'oppression à travers les mouvements d'opposition et de dénonciation des dirigeants et des systèmes défailants permet d'évaluer le niveau d'assentiment entre le peuple et ses représentants. Ces mouvements populaires constituent « *des exigences de participation essentielles à la préservation de la dimension démocratique des gouvernements représentatifs* »². Le droit de résistance à l'oppression peut être un catalyseur des réformes. En France, le mouvement des « *gilets jaunes* » qui au départ était fondé sur les revendications d'un meilleur traitement en milieu professionnel s'est élargie pour finalement constituer une opposition au système gouvernant face aux dérives. Ce mouvement populaire a accéléré le processus de réforme constitutionnelle et législative voulu par le président Macron. C'est le cas de du projet de loi organique intitulé pour un renouveau de la vie démocratique qui est déjà déposé au parlement. On peut également évoquer le cas du mouvement de la place Tahrir qui a abouti au renversement du gouvernement MOUBARAK.

L'absence de consécration du droit de résistance à l'oppression se justifie par une méfiance quant à ses débordements qui sont souvent imprévus et non maîtrisés. Dans son principe, la résistance à l'oppression est pacifique. Elle constitue un instrument de pression des citoyens contre les gouvernants et appelle de ceux-ci des réformes ou une démission. Ce droit se distingue donc de la révolution ou du droit des peuples à faire la révolution dont les juristes peinent à justifier les fondements³. Au demeurant, il est nécessaire que les citoyens s'expriment sur la gestion des affaires publiques, qu'ils manifestent leurs mécontentements chaque

¹ La révolution arabe est partie d'un problème de gouvernance. L'incapacité des gouvernants à assurer l'épanouissement des populations favorisent une expression des subsistances qui poussent les individus à mener des activités économiques précaires parfois en violation de la réglementation. Le jeune tunisien s'était vu arracher les oranges qu'il vendait dans la rue par les forces de l'ordre., il s'est immolé ce qui a engendré des protestations ayant conduit à l'abandon du pouvoir par le président Ben Ali qui fut contraint de contraint à s'exiler.

² R. PEÑAFIEL, « La criminalisation de la participation citoyenne par des conceptions consensualistes de la démocratie participative », Revue Québécoise de droit international, hors-série mars 2015. p. 225.

³ E. DERDAELE, « Du droit du peuple à faire la révolution. Réflexions sur la pensée de johan benjamin

fois que les gouvernants faillissent aux exigences de leurs mandats. Les mouvements de résistance auxquels l'on assiste dans les Etats sont des prémices de l'affermissement de ce droit dans la conscience collective, car « *Après avoir longtemps été bâillonnés par les systèmes autoritaires des trois premières décennies du constitutionnalisme, les citoyens tiennent de plus en plus tête aux autorités étatiques de sorte qu'aujourd'hui, l'on peut dire que la roue a tourné en faveur de l'instance populaire* »¹. Le désir profond et constant des citoyens est d'en finir avec les démocraties autoritaires constituées des « *restriction des libertés modernes, pressions diverses sur les médias et sur la justice, personnalisation du pouvoir issu des urnes, lui-même centré sur la personnalité du leader* »².

Conclusion

Le droit du citoyen, des citoyens à la bonne gouvernance est une réalité en Afrique noir francophone. Il se présente comme un impératif pour la survie de la démocratie représentative. Il appelle les gouvernants à se soucier des préoccupations des véritables titulaires du pouvoir et de la souveraineté que constitue le peuple. Diversement formulé, variablement établi dans son contenu, le droit à la bonne gouvernance ne manque pas de fondement et l'identification de ses exigences dans les différentes constitutions le justifie. C'est un droit qui est fondé sur la délégation de souveraineté dont jouit les représentants qui imposent à ceux-ci d'orienter leurs actions de façon exclusive et qualitative dans la satisfaction des aspirations des citoyens. La délégation de souveraineté qui constitue un contrat politique entre citoyens et gouvernants impose le respect des termes du contrat notamment l'application de la bonne gouvernance.

¹ J.M. BIKORO, « Le droit de résistance à l'oppression dans le nouveau constitutionnalisme africain », RCC, 2020, n°2 et 3/semestriel, p. 82.

² L. JAUME, « L'idée de démocratie autoritaire. Quelques réflexions », JUS POLITICUM 25, janvier

L'interdiction coutumière de naître et de mourir sur l'île de Mijyajima au Japon

Laure MERLAND - Maître de conférences HDR
LID2MS Aix-Marseille Université

*De naître à mourir, « le sens de la vie supprimé il reste encore la vie »
Camus, L'homme révolté, publié par Folio, 1995*

Pour un occidental, a priori, une plaisanterie par l'absurde ! L'interdiction de naître et de mourir dans un endroit, fut-ce l'île lointaine de **Mijyajima**, en pleine mer de Seto, à 20 kilomètres d'Hiroshima, au Japon, a de quoi faire rire, puis sourire : qui d'autre qu'un Dieu pourrait prendre un tel décret contraire à la nature sans tomber dans l'absurde ? A la connaissance, certes très limitée de votre auteur, en médecine, il semble difficile de contrôler la date d'un accouchement, même si depuis que la césarienne et les méthodes de déclenchement de l'accouchement existent, la chose est un peu plus simple. Mais la règle de l'interdiction de naître et de mourir à **Mijyajima**, coutumière, de transmission orale, date du VI^{ème} siècle ! **Enfin, prendre la règle au sérieux.** Juridiquement l'interdiction coutumière de naître et de mourir à **Mijyajima**, doit avoir sa raison d'être. Place donc à la levée du mystère.

Evacuons d'emblée la justification de la protection du nouveau-né contre la radioactivité qui demeurerait suite aux bombardements d'armes nucléaires sur Hiroshima pendant la seconde Guerre mondiale par les américains, l'île n'étant qu'à 20 km d'Hiroshima où il est possible de naître et mourir. De plus, rappelons que la coutume date du VI^{ème} siècle.

Evacuons aussi la justification selon laquelle l'île ne serait peuplée que d'abstinents, de moines ou de nonnes. L'île est peuplée actuellement de 2000 personnes qui sont majoritairement de simples citoyens japonais, et de quelques moines shintoïstes. Certes, nous avons pris l'habitude grâce au Vatican, où il n'est pas juridiquement interdit de naître, mais où *de facto*, de constater qu'un lieu de vie pouvait avoir un taux de natalité de 0% en raison des vœux d'abstinence de ses habitants, des cléricaux. Mais au Japon, la raison n'a rien à voir avec le vœu d'abstinence puisque la « chose » n'est pas interdite ; elle est donc possible, voire de droit, tacite, mais de droit quand même.

Pourquoi alors n'aurait-on pas le droit de naître sur l'île de Mijyajima au Japon ?

Le Japon étant le pays du contraste entre la tradition et l'innovation, c'est tout naturellement du côté de la tradition, du fait de l'ancienneté de la règle coutumière, que nous devons nous tourner. Et plus particulièrement, des règles coutumières de la religion shinto, fort majoritairement suivie au Japon (même si le Japon est un Etat laïc).

En effet, le shinto est une religion qui prône la purification, la propreté, l'eau, les impose dans ses coutumes. Ces injonctions sont toujours d'actualité dans le Japon contemporain et dans ses rites. Par exemple, on se lave les mains et la bouche dans le "*chozuya*" avant d'aller s'adresser aux dieux dans un sanctuaire.

Or, pour le shinto, le sang, la souillure, la maladie, la mort sont considérés depuis toujours comme sales. Et ces salissures n'ont évidemment pas leur place dans un lieu sacré.

Or, c'est toute l'île qui est sacrée. Toute l'île de Mijyajima doit respecter les coutumes du Shinto, doit être propre, pure, exempte de salissures. La naissance, acte particulièrement sanglant et mêlée de fluides impurs – il faut se rendre à l'évidence et faire fi de toute sublimation métaphysique à l'occidentale (rappelons Kant pour lequel « le beau est universel et sans concept »)- n'a rien de très propre et se rapproche davantage de la salissure que de la pureté ; quant au cadavre, sa physionomie et son teint de cire n'ont rien de beau et évoque plutôt l'ultime déchéance. Alors oui, selon le shinto, naître et mourir sur une île sacrée du fait de la beauté que les dieux lui ont accordée, doit être interdit. Mais pourquoi toute l'île de Mijyajima est-elle sacrée ?

Au VIème siècle, un moine shinto naviguant sur la mer de Seto découvrit l'île. Il tomba en émoi sous son charme et sa beauté, sa nature, ses formes, sa taille, relevant de la perfection ; il y vit d'emblée un lieu sacré. Il nomma ainsi ce temple naturel de la beauté « Mijyajima », qui signifie littéralement « *l'île sanctuaire* ». A partir de ce moment-là, il fut interdit de la souiller de quelque manière que ce soit : interdiction de marcher sur l'île et de la fouler aux pieds, interdiction d'abattre des arbres et toutes les autres interdictions de salissures des lieux sacrés en vigueur selon les coutumes shinto. Tout ce qui est considéré impur ou « *Kegare* » dans les lieux Shinto, l'est de ce fait sur l'ensemble de l'île.

Le moine fonda en 593 le sanctuaire d'Itsukushima. La construction du sanctuaire, consistant en des structures sur pilotis et des pontons, est due au statut sacré de l'île. Les visiteurs n'avaient en effet pas le droit d'y mettre pied à terre ; ils devaient, en arrivant par bateau, passer sous le torii flottant et accoster sur les pontons. Le sanctuaire existe dans sa forme actuelle depuis 1168 grâce aux dons de Taira no Kiyomori (1118-1181), un grand chef de guerre. En effet, celui-ci fit un rêve : s'il agrandissait le sanctuaire, il agrandirait d'autant ses pouvoirs politiques et militaires. Il n'en fallut pas plus pour le convaincre d'investir.

Le sanctuaire d'*Itsukushima-jinja* servait à abriter les rouleaux, des *sûtra* qu'il avait fait copier. C'est à cette date que prit la forme que nous lui connaissons.

Notons au passage que depuis 1996, le sanctuaire d'Itsukushima est inscrit au Patrimoine mondial de l'Unesco. Il est l'une des attractions touristiques les plus connues de l'archipel, et la vue sur le *torii* dans la mer est désignée comme l'une des "trois vues les plus célèbres du Japon" (source : Miyajima - Visiter Itsukushima et son torii rouge | Vivre le Japon.com).

L'interdiction de naître, acte « profane », coutumière, date précisément de 1168.

Pour le shinto, naître, arriver au monde tout rouge et plein de sang en criant est profane : n'importe qui peut naître n'importe quand. Pas besoin de rituel, acte ou séries d'actes nécessaires pour approcher le sacré (Mircea Eliade, *Le sacré et le profane*, Gallimard, 1965).

Aussi, les femmes enceintes sur l'île de Miyajima sont depuis toujours délogées et déposées sur une embarcation, un bateau, pour aller accoucher sur une île voisine. Puisque le sacré ne peut s'approcher prudemment que par un rituel, que le profane est ce que l'homme « tutoie », et puisque n'importe qui peut naître « presque » n'importe comment, naître relève du profane.

Répetons-nous, l'on ne peut s'approcher du sacré, de la transcendance divine, qu'avec prudence, par le biais de rituels. Or, les « rituels » à proprement parler de l'accouchement, il faut bien le dire, n'existent pas. Tout au plus existe-t-il des méthodes d'accouchement qui varient d'un lieu à l'autre de la planète. La femme accouche quand elle accouche comme elle accouche, l'infans se trouvant sur terre dans sa nudité. Rien de plus trivial, de moins rituel, et sans respect du décor sacré d'une nature à la beauté parfaite offerte par transcendance par les Dieux. La

Esthétique, sacré et religieux. On le voit, le Japon est très sensible à l'esthétique qu'il relie au métaphysique et davantage à l'esthétique de la nature : l'île de Miyajima, île consacrée en son entier comme un sanctuaire, en atteste. Le shinto en fait une transcendance, un sacre (cf. Stefano Vecchia, *Le Japon, La grande histoire de l'art*, monographie Le Figaro, 2007).

C'est dans la beauté de la nature que se niche donc à l'origine pour un shinoïste le sacré, puis par respect pour cette nature, dans l'art des constructions, dans l'art des gestes, pour vivre en accord avec une architecture cosmique sacrée.

On est loin de l'occident, qui fait de « *naître* », certes par pure sublimation métaphysique, l'un des plus moments qui soit, un moment sacré jusqu'à considérer la femme enceinte elle-même comme sacrée (cf. Lennart Nilsson, Linda Forsell, *Naître*, 2018, Marabout) et pénalement (article 221-6 du Code pénal) et socialement protégée (**article L. 1225-1 du Code du travail**).

Néanmoins, nature, beauté, art, sacré, religion, rituels : cette suite se trouve dans la société japonaise différemment que dans la société occidentale, où la beauté et le sacré peuvent être simplement métaphysique, mystique, sur la base d'un état brut : concernant la naissance par exemple, le rituel peut être différé par le baptême (Dominique Château, *Epistémologie de l'esthétique*, L'Harmattan, 2000, et spec. « *La rationalité de l'art dans son propre lieu* », p. 91 et s.).

Du mystère de l'interdiction coutumière de mourir sur l'île de Miyajima. Il faut bien faire un constat : il n'y a pas de cimetière, pas de tombe sur l'île de Miyajima. Est-ce à-dire que ceux qui y vivent sont immortels ? Non, ce serait trop beau (ou pas). Est-ce parce que les cimetières sont des voisins trop calmes ? Non plus, même si l'île exige le calme, sauf festivité dûment programmée. La réponse qui s'impose est la suivante : mourir est un acte laid, sans rituel, et, comme naître, il est profane.

Mourir, un acte profane. Les hommes tutoient la mort et tout homme doit mourir. Et qui connaît le moment d'une mort qu'il n'a pas planifié seul ou avec une communauté ? Le « *et si je ne me réveillais pas demain matin ?* », tout le monde ou presque a fait l'expérience de cette question en souriant ou en pleurant. Mais nul ne connaît le planning de la Grande Faucheuse. Woody Allen l'écrivait : « *L'ennuyeux avec la mort, c'est l'heure* ». Et oui, mourir est trivial ; mourir n'a rien

1942 dans « Le mythe de Sisyphe », publié notamment chez Folio 1985, “*Un geste comme le suicide se prépare dans le silence du cœur au même titre qu’une grande oeuvre*”), on ne meurt pas dans un rite. Et encore, les rituels que nous venons de citer n’auraient sans doute pas leur place sur notre belle île, la cadavre demeurant chose profane, laide, au-delà des rituels. Le rituel de la mort, c’est pour après, c’est pour les autres. Ceux qui restent.

Alors, à Mijyajima, quand on sent que l’on va mourir, l’on doit quitter l’île.

Peut-on alors vivre sur l’île de Mijyajima ? La réponse est positive. Sur l’île, 2000 résidents tiennent des musées, des restaurants, hôtels (peu nombreux et chers) des boutiques... Ils y vivent du tourisme. Il leur est interdit par la coutume d’abattre des arbres, d’où une forêt luxuriante recouvrant l’île.

Le sanctuaire est en activité et se visite. Dans cette île sacrée, il est donc désormais possible de marcher, de fouler la terre de ses pieds, et nombreuses randonnées sont proposées aux touristes, ainsi que des spectacles de danse, de musique, de pyrotechnie, à des dates précises, car le calme doit régner sur l’île. De nombreux mariages ont lieu dans le sanctuaire, au printemps. Certes, le fait d’admettre des activités humaines est le signe d’un relâchement du sacré au profit du profane (ce qui est un mouvement planétaire généralisé). Mais le chaos n’est pas toléré. Le profane ne prend pas ici le pas sur le sacré. Vivre sur l’île oui, mais en respectant des conditions rituelles, dignes du sacré.

L’interdiction de naître et de mourir par le regard d’une occidentale rêveuse : l’île sacrée de Mijyajima, une ode à la VIE. Ce qui compterait vraiment sur cette île, où vivrait en toute imposture intellectuelle une occidentale par rapport au shinto, ce serait vivre (rien de sale chez nous à naître ou à mourir). Vivre comme le prescrit Epicure : **poursuivre la vie bonne**. Car pour Epicure, notre naissance n’est rien : nous n’en avons pas conscience ; et notre mort ne nous est rien non plus, car tant que nous vivons, nous ne sommes pas morts, et quand nous sommes morts, le sujet ne nous concerne pas.

Mijyajima ou l’ode à la vie.

Les membres de l'AFDD publient

Isabelle de KERVILER, Dessine-moi la compta

Eloïse HADDAD MIMOUN, Les notions de contrat d'assurance

A PARAÎTRE le 14 avril 2021

« Dessine-moi la compta »

Isabelle de Kerviler - Editions Dunod

192 pages - 19,90€



« Dessine-moi la compta », à la manière d'un roman graphique, répond aux questions que l'on craint de poser et permet de vaincre ses appréhensions face aux chiffres. La méthode inédite et originale, pensée par **Isabelle de Kerviler**, explique d'où vient l'argent et à quoi il sert, en s'appuyant sur des illustrations. Le lecteur ainsi décomplexé peut, sans compétence technique particulière, sans effort et de façon ludique, s'approprier les termes comptables et comprendre les chiffres et leurs interactions. Le lecteur (particulier, étudiant ou professionnel) gagne en autonomie pour gérer son argent et en assurance pour dialoguer avec les professionnels du chiffre. Il gagne donc en performance.

Paris, le 22 février 2021 – Échanger avec son banquier, comprendre les comptes de sa copropriété, gérer une SCI, questionner son expert-comptable, décrypter l'évaluation de son entreprise : la comptabilité, langage de l'économie, est incontournable. Son utilisation est quotidienne, que ce soit à travers un usage personnel ou professionnel. Pourtant, elle reste souvent perçue comme étant difficile d'accès et réservée aux initiés.

Premier et seul livre illustré sur le sujet, « Dessine-moi la compta » invite le lecteur à prendre une feuille de papier, un stylo, et à se laisser guider. Le chemin d'accès à la comptabilité est tracé par deux personnages qui se donnent la réplique. Louis est un jeune garçon de 12 ans qui souhaite gérer le seul bien qu'il détienne : l'argent de son porte-monnaie ; sa mère, Estelle, est expert-comptable et l'accompagne au fil des années. Au fur et à mesure des chapitres, le lecteur chemine du porte-

monnaie de Louis au bilan d'une entreprise ; quel que soit le niveau de ses connaissances comptables (débutant ou plus chevronné), le lecteur intègre facilement les fondamentaux de la comptabilité grâce aux illustrations, aux exemples tirés de la vie courante et aux questionnements de Louis.

Bien qu'il traite d'un sujet considéré comme technique, « Dessine-moi la compta » est un livre grand public. Gérer son cash, ou celui dont on est responsable, est l'affaire de tous. Particuliers, étudiants, créateurs d'entreprise, travailleurs indépendants, magistrats, avocats, syndicalistes, élus, acteurs du monde associatif ... y trouveront un intérêt. Les termes comptables deviennent clairs : trésorerie, actif, passif, bilan, compte de résultat.

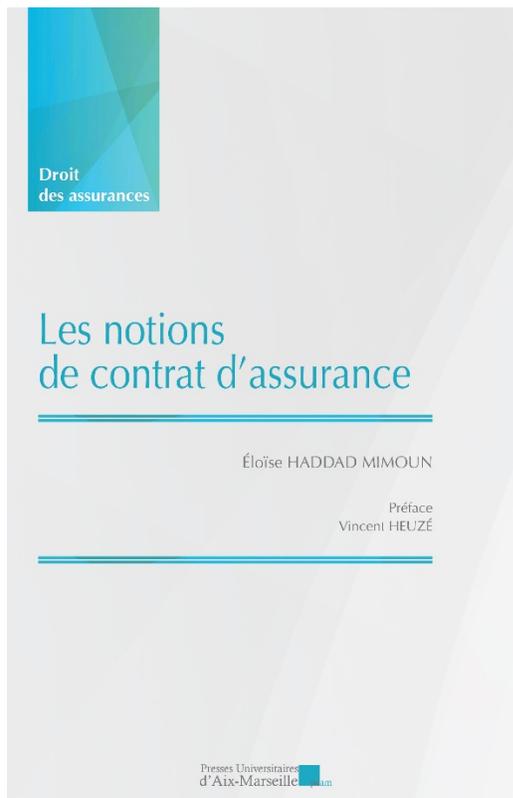
« Vous comptez tous les jours, quel que soit votre budget, votre formation, votre profession. Il est donc indispensable de comprendre ceux qui parlent « chiffre ». Maîtriser le langage comptable permet de gagner instantanément en performance et, à terme, en indépendance. « Dessine-moi la compta » donne accès, de façon simple et illustrée, sans formation préalable, aux concepts fondamentaux de la comptabilité. Je suis d'ailleurs convaincue que cette matière devrait être enseignée dès le lycée. La compréhension des chiffres, et de leurs interactions, est utile dans la vie de tous les jours aussi bien pour le particulier que pour l'étudiant ou le professionnel. » déclare Isabelle de Kerviler.

Isabelle de Kerviler, expert-comptable, docteur en économie, diplômée de l'IEP Paris, œuvre depuis des années dans le monde de l'économie et de la finance. Elle a enseigné et pratiqué la comptabilité durant toute sa carrière. C'est cette expérience qui lui permet, aujourd'hui, de livrer au lecteur les clés du langage comptable.

**Contact : Imedia Conseil & Communication - Vanessa Haddar –
vhaddar@imedia-conseil.fr – 0603675993**

Entretien avec Eloïse HADDAD-MIMOUN auteur de l'ouvrage

Les notions de contrat d'assurance



Eloïse Haddad-Mimoun Bonjour.

Vous venez de publier un ouvrage intitulé « Les notions de contrat d'assurance », paru aux éditions aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M, sur lequel nous allons revenir, mais avant, pourriez-vous brièvement vous présenter ?

Bonjour, j'ai suivi un triple parcours en droit, en économie et en lettres, puisque je suis docteur en droit, diplômée de l'ESSEC et titulaire d'un master 1 de Lettres modernes. J'ai été pendant quelques années enseignant-chercheur et à présent je travaille comme responsable des contenus au sein d'une legaltech, Predictice.

Votre parcours professionnel - déjà très impressionnant, comprend l'obtention d'un doctorat, titre universitaire avec lequel la RDD entretient un lien particulier. Diriez-vous que ce doctorat a été un frein ou un accélérateur pour votre carrière ?

Le doctorat a été à la fois un frein et un accélérateur : sur le plan intellectuel, la rédaction d'une thèse est l'occasion d'approfondir de nombreux sujets et d'apprendre à construire des raisonnements. Ainsi, un docteur en droit est à la fois un expert dans son domaine et également une personne capable de comprendre, mais aussi de résoudre de très nombreuses problématiques. Malheureusement, le doctorat n'est pas reconnu à sa juste valeur par la majorité des entreprises françaises. L'image du chercheur inadapté et enfermé dans sa bibliothèque nous colle à la peau. C'est préjudiciable pour les docteurs mais également pour les entreprises qui pensent cela, car elles se privent du service de personnes très compétentes.

Nous allons maintenant évoquer plus avant votre livre, et notre première question porte sur les raisons qui vous ont conduit à vous intéresser au contrat d'assurance ?

C'est mon directeur de thèse, le professeur Vincent Heuzé, qui m'a conseillé de m'intéresser au contrat d'assurance, alors que je suivais son séminaire du droit international privé des assurances en master 2.

En effet, le contrat d'assurance est un objet juridique complexe, porteur d'enjeux économiques forts qui justifient l'existence de son régime particulier.

De plus, la question de sa définition a depuis toujours fait l'objet de vives controverses, alors qu'il est soumis à un régime impératif énoncé par le code des assurances. Il existe donc un paradoxe : le régime énoncé par le code des assurances doit s'appliquer à un contrat bien spécifique qu'il est impossible d'identifier clairement. À travers ma thèse, j'ai voulu résoudre ce mystère : pourquoi le contrat d'assurance n'a-t-il jamais fait l'objet d'une définition qui permette de justifier l'application de son régime ?

Le droit de l'assurance est souvent perçu comme une matière technique, réservée aux spécialistes. Or, vous avez fait le choix d'une approche transversale du contrat d'assurance, montrant au passage sa portée économique et sociale. Qu'est-ce qui a motivé une telle perspective ?

Le contrat d'assurance ne peut pas se comprendre en dehors de la technique d'assurance, la mutualisation des risques. Il est l'instrument de cette technique spécifique mise en œuvre par les entreprises d'assurance, qui jouent un rôle important au soutien de notre économie. De nombreux aspects du régime du contrat sont d'ailleurs dictés par la mutualisation des risques. Il ne peut donc être compris si on ne le replace pas dans une perspective mathématique et économique.

Pour appréhender le contrat d'assurance, votre ouvrage s'intéresse à sa finalité au travers de critères fonctionnels. Pourriez-vous nous dire de quoi il s'agit exactement ?

Dans ma quête pour comprendre pourquoi le contrat d'assurance n'avait jamais fait l'objet d'une définition satisfaisante, j'ai découvert qu'une des raisons de cette absence tenait à l'approche des entreprises d'assurance. En effet, celles-ci proposent la souscription de contrats qui ne correspondent pas en tout point au modèle du contrat d'assurance, tel que dicté par les exigences de son régime énoncé dans le code des assurances, et que j'ai désigné comme la notion conceptuelle de contrat d'assurance.

Ainsi, les entreprises d'assurance proposent la garantie de risques qui ne sont pas techniquement mutualisables. Faut-il dès lors rejeter en bloc ces contrats de la catégorie de contrat d'assurance et reprocher aux entreprises d'assurance de ne pas respecter le principe de spécialité ? Cette démarche serait inacceptable car elle ignorerait la finalité de toute définition. Pour citer P. Mayer (« *Réflexions sur la notion de contrat international* », Mél. Pierre Tercier, 2008, n°4) : « Pour

qu'une définition soit bonne, il faut que la situation qu'elle permet d'identifier soit celle à laquelle convient la règle, ou l'ensemble des règles, dont elle déclenche l'application ». Il faut donc admettre que la définition peut varier selon la règle en cause. Ainsi, pour élaborer une bonne définition, il convient en premier lieu de se demander quel régime devrait s'appliquer à la situation envisagée. Or, dans le cas des contrats proposés par les entreprises d'assurance qui couvrent des risques non mutualisables, le régime du contrat d'assurance semble bien mieux adapté - moyennant quelques ajustements - que l'exception de jeu, même si en l'absence de mutualisation des risques, il s'agit conceptuellement de paris !

C'est pourquoi la définition conceptuelle du contrat d'assurance doit être complétée par des définitions fonctionnelles, qui permettent d'embrasser les opérations ouvertes à l'assurance en raison de choix politiques et économiques. Les critères de qualification de ces contrats ne reposent pas sur les caractéristiques intrinsèques des contrats d'assurance mais sur des choix qui imposent l'application du régime du contrat d'assurance à des opérations conceptuellement distinctes.

Avec l'approche fonctionnelle du contrat d'assurance, le droit entérine une extension considérable du champ de l'assurance. Cela signifie-t-il que le droit de l'assurance va devenir une entité encore plus autonome, ou alors une composante incontournable de toutes les autres matières : droit des affaires, nouvelles technologies, de la construction, de la santé, etc. ?

Les notions fonctionnelles de contrat d'assurance ont comme point commun un élément de définition défini *ratione personae* : ce sont des opérations proposées par les assureurs. Comme le régime du contrat d'assurance est en grande partie impératif et que les entreprises d'assurance sont soumises à un contrôle strict, les opérations qui sont fonctionnellement des contrats d'assurance entrent dans le giron du droit des assurances. Ce dernier tend donc plutôt vers l'autonomie.

À ce propos, si de nouveaux risques « assurables » apparaissent comme en matière d'environnement ou dans l'univers numérique, à l'inverse des solutions alternatives ou accessoires à l'assurance semblent aussi émerger. Elles favorisent, par exemple, des approches plus préventives, des formes d'auto-assurance ou encore une prise en compte holistique du risque. Quel est votre regard sur ces phénomènes ?

Le secteur de l'assurance est en évolution constante. Un des phénomènes observables est l'impact de la technologie du *big data* sur l'appréciation du risque, grâce à laquelle les assureurs peuvent offrir des garanties adossées à la situation personnelle de l'assuré. Cette « hypersegmentation » se fait au détriment de la mutualisation. Il faudra prendre garde à ce que le développement de ces solutions alternatives n'exclut pas complètement les porteurs de « mauvais risques » du champ de l'assurance.

Peuvent-ils avoir à terme des effets sur le droit de l'assurance ?

On pourrait imaginer un monde dans lequel les GAFAM seraient devenus les assureurs principaux et où l'assurance se limiterait à la souscription de paris sur les porteurs de bons risques. Le principe de mutualisation des risques serait réduit à peau de chagrin, et le régime énoncé dans le code des assurances devrait s'adapter. Mais je n'y crois pas : le principe de solidarité qui sous-tend le droit des assurances a récemment montré sa force avec la pandémie que nous traversons.

Avant de nous indiquer où se procurer au plus vite votre ouvrage, pourriez-vous, en guise de conclusion, répondre à la question que nous ne vous avons pas posée, mais qui aurait mérité de l'être ?

Mon ouvrage se trouve dans toutes les bonnes librairies bien sûr ! Plus sérieusement, il est distribué par les Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Je profite d'ailleurs de l'occasion pour remercier Mesdames Antje Vogdt et Sylvia

Roger pour leur professionnalisme et leur disponibilité.

Pour la dernière question qui mériterait d'être posée, j'aimerais juste dire un mot sur le second type de notion fonctionnelle de contrat d'assurance que j'ai identifié : il s'agit des contrats d'assurance-vie « modernes », qui ne sont pas aléatoires et ont pourtant été qualifiés comme contrats d'assurance par la Cour de cassation. Leur qualification a suscité de nombreux débats passionnés. Là encore, il me semble que si l'on admet que la définition peut varier selon la règle en cause, les choses s'éclaircissent... mais je vous laisse lire mon ouvrage pour approfondir cette question !

Nous vous remercions sincèrement d'avoir accepté d'évoquer avec RDD votre ouvrage « Les notions de contrat d'assurance », et nous vous souhaitons un franc succès dans la poursuite de votre carrière.

Propos recueillis par David RICHARD, administrateur de l'AFDD

L'interview du mois

Romain Faggian – Avocat - auteur de l'ouvrage *Pour une paix durable dans le monde : un horizon d'espérance* paru aux éditions Universitaires Européennes



Quel est votre parcours?

J'ai 32 ans, j'ai étudié à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, (master en droit des affaires) et en échange Erasmus à Londres, University College of London. J'ai ensuite réalisé mon école d'avocat à Genève. Je suis actuellement en poste aux Services industriels de Genève (SIG). Il s'agit d'un établissement de droit public⁴²⁷ qui fournit l'eau, le gaz, l'électricité et tout ce qui est en lien avec les télécoms.

Pourriez-vous nous en dire plus sur les fonctions que vous occupez actuellement, quel est votre rôle ?

J'ai différents rôles. Je suis tout d'abord en charge de la négociation et de la rédaction des contrats, essentiellement en lien avec le domaine du BTP.

Je travaille pour cela en étroite collaboration avec les personnes en charge de l'étude et de la réalisation de différents projets, par exemple le chantier Cheneviers IV qui a pour but la construction d'une nouvelle usine d'incinération des déchets et qui consiste, notamment, en la mise en place d'un grand four pourvu d'un aérocondenseur. Ce chantier est un projet d'envergure : l'usine Cheneviers III est en train d'être démolie et reconstruite de manière à en faire une usine plus petite, plus efficiente. Ce sont là des centaines de tonnes de milliers de tonnes de déchets par an qui sont recyclés !

⁴²⁷ Régit par une loi propre à cet établissement, la LSIG.

Je m'assure donc que les contrats d'entreprise négociés répondent aux besoins des parties, et traduis leurs exigences techniques en langage juridique.

Je m'occupe également des *contrats de mandat* conclus essentiellement avec des bureaux d'architectes, lesquels s'occupent du dépôt des autorisations de construire, du suivi du chantier, etc.

À cela s'ajoute que sur les gros chantiers dont j'ai la charge, sont également conclus des *contrats d'assistance* à la maîtrise d'ouvrage permettant de déléguer énormément, afin d'être en mesure de superviser et surveiller le chantier de la manière la plus efficace possible.

A côté de cela j'assure également un volet *contentieux*, bien que la société pour laquelle je travaille met tout en œuvre pour éviter de se retrouver impliquée dans une affaire judiciaire.

Pourriez-vous nous parler des projets suivis par vos soins et notamment de leur aspect environnemental ?

Il y a plusieurs gros projets car la ville de Genève est en avance dans le domaine notamment de la transition écologique ! Et en tant qu'établissement public nous sommes reliés à la politique genevoise ! Par exemple le réseau de chauffage à distance (CAD) qui fonctionne comme un chauffage central géant. La chaleur est produite par une ou plusieurs centrales thermiques alimentées par des pompes à chaleur hydro-thermiques et géothermiques, de la biomasse, l'incinération de déchets ménagers et le gaz naturel. Cette chaleur peut approvisionner tout un quartier ou une ville. Elle est distribuée jusqu'aux immeubles par des conduites souterraines sous forme d'eau surchauffée pour couvrir les besoins en chauffage et en eau chaude sanitaire.

La société qui m'emploie est en effet très soucieuse de son empreinte environnementale.

A titre d'illustration le projet GeniLac, dont j'assure le suivi juridique, soit le plus grand réseau thermique écologique jamais bâti à Genève. Cette infrastructure fonctionne avec l'eau du lac Léman et de l'électricité 100% renouvelable. D'ici 2035, GeniLac offrira la possibilité de réduire les émissions de CO2 de 70'000 tonnes par an dans le canton de Genève, soit l'équivalent des émissions annuelles de 7'000 Genevois-es.

En coordination avec l'Etat, SIG investit pour réaliser des infrastructures qui seront la colonne vertébrale d'un réseau thermique écologique et un atout majeur de la transition énergétique. GeniLac est un moyen écologique pour remplacer les climatiseurs ainsi que les chaudières à mazout et à gaz. SIG réalise ce réseau souterrain d'une longueur de 30 km, qui s'étendra du centre de Genève jusqu'à différents quartiers.

Par ailleurs, les appels d'offres que nous effectuons intègrent systématiquement un critère environnemental parmi de nombreux autres critères.

Ce qui est intéressant, c'est que ce critère environnemental se double très souvent d'un critère local. La politique à Genève et celle de la société au sein de laquelle j'exerce mes fonctions sont très tournées vers l'économie locale.

Ce souci du « local » dont vous faites mention et qui est au cœur d'une économie durable, signifie que vous sous-traitez peu avec l'étranger ?

De manière résiduelle nous continuons à sous-traiter avec la France et l'Allemagne par exemple mais, dans la mesure du possible, nous choisissons des entreprises locales dès que cela est possible. Au-delà du souhait de réduire l'empreinte carbone de nos activités, leur savoir-faire « de terrain » est

inégalable. C'est un concours d'intérêt entre l'intérêt privé de l'entreprise et de l'intérêt général de protection de l'environnement. Par exemple dans le domaine du génie civil, différentes compétences sont mobilisées telles que celle de savoir comment bloquer une route et les entreprises locales, possédant une connaissance accrue du territoire, ont un avantage indéniable. Dans le cadre du projet GeniLac nous travaillons donc avec 56 entreprises locales.

Un autre projet, Électro mobilité, a pour objectif d'installer à l'horizon 2030 plus de 2500 bornes électrique ! Genève se veut vraiment en avance sur son temps et notre société s'inscrit résolument dans cette dynamique.

Que pensez-vous en tant que français expatrié en Suisse ?

Le pôle juridique est subdivisé en deux pôles droit privé/droit administratif au sein duquel règne une très bonne ambiance. J'avais une petite appréhension lors de mes débuts dans la vie active mais la mentalité suisse est agréable à bien des égards : ils sont pragmatiques et efficaces ! Quand une personne promet de vous rappeler dans 10 minutes elle le fait dans les 5 minutes !

Enfinement ce poste que vous occupez actuellement au sein duquel vous vous attachez à concilier économie et environnement rejoint vos convictions personnelles.

Vous êtes en effet l'auteur d'un ouvrage intitulé *Pour une paix durable dans le monde : un horizon d'espérance*. Pourriez-vous nous en parler ?

Un parcours qui s'inscrit dans la suite des études et notamment le thème du mémoire de master 2 publié aux éditions Universitaires Européennes *Pour une paix durable dans le monde : un horizon d'espérance*. J'ai jeté un regard sur ce qui avait été proposé les quatre derniers siècles pour instaurer un climat de paix durable dans le monde et je me suis rendu compte que c'était à chaque fois des éléments externes à la volonté individuelle telle que la société des nations où l'ONU. J'en ai tiré un bilan un peu négatif : cela n'a pas forcément porté ses fruits. La question se pose de savoir si cela ne devrait pas plutôt relever d'une sphère

plus intime, celle propre à chaque individu. Si chaque personne se saisit de cet objectif de paix des résultats assez concrets, à une échelle beaucoup globale, pourraient advenir. J'ai en effet fait mention de travaux scientifique selon lesquels la méditation permet de te calmer, te canaliser etc et j'ai envisagé les bénéfices d'une telle pratique à l'échelle mondiale afin de lutter contre les guerres par exemple. Que se passerait- il si 7 milliards d'individus se tournaient vers la méditation ?!



L'AFDD organise des webinaires :

L'immeuble au cœur du Droit

9 mars 2021

Avec la participation de David RICHARD - Avocat au barreau de Paris - Docteur en droit - Administrateur AFDD - Sandie LACROIX-DE SOUSA - Maître de conférences HDR - Université d'Orléans - Administrateur AFDD - Hugo BARBIER - Professeur agrégé des Universités - Université Aix-Marseille - Secrétaire général AFDD et Vincent DE BONNAFOS - Associate Lawyer - DL Corporate & Regulatory - Correspondant Monaco de l'AFDD

Après un webinaire très réussi sur le rôle du Juriste dans la relance économique, l'AFDD s'est intéressée, le 9 mars dernier, à l'immeuble en abordant à son propos toute une série de questions juridiques d'une particulière actualité.

L'initiative de ce thème général revient à David RICHARD, administrateur de notre Association et avocat au Barreau de Paris, qui est notamment en charge, au sein de l'AFDD, de la collection des ouvrages collectifs *Droits en mutation* qui permettent, à chaque occasion, à une quarantaine de jeunes docteurs, français et étrangers, de faire connaître le meilleur de leurs travaux doctoraux (le prochain tome, axé sur le droit constitutionnel et les droits fondamentaux, va sortir très prochainement). Lors du webinaire, David RICHARD a traité de la délicate question des sous-locations touristiques et, notamment, du sort des sous-loyers, souvent revendiqués par le bailleur principal. On sait qu'après une tentative de récupération sur le terrain de la responsabilité civile, c'est finalement sur le terrain du droit de propriété et donc le fondement direct de l'article 544 du Code civil que la Cour de cassation a admis la prétention de ce bailleur, en voyant dans ces sous-loyers des fruits civils (Civ.3^{ème}, 12 septembre 2019, n°18-20.727). Une position dont David a excellemment montré les limites et qui lui a permis, dans le cadre d'un « effet papillon » particulièrement bienvenu, de reconsidérer ensuite superbement l'ensemble des problèmes juridiques découlant de ces sous-locations touristiques et, notamment, de l'utilisation de la plateforme Airbnb...

Sandie LACROIX-de SOUSA, également administrateur de l'AFDD et que nos fidèles lecteurs connaissent désormais très bien puisqu'elle est la rédactrice en chef de la revue électronique *Signatures Internationales* qui a été lancé en janvier dernier (le n°2 sur l'Arbitrage est sur le point d'être finalisé, avec une sortie prévue début avril), a traité pour sa part des locations en meublé, en s'interrogeant notamment sur la structure juridique qui est ici la plus appropriée. En prenant en compte tous les paramètres qui sont ici à considérer, tant au plan juridique (objet, gouvernance, responsabilité des associés...) que fiscal, Sandie a

parfaitement montré pourquoi la société civile, traditionnellement présentée comme une incontournable structure d'ingénierie patrimoniale, pouvait ici présenter des inconvénients, et pourquoi, au final, les structures juridiquement commerciales de la SARL de famille (lorsque les associés relèvent tous d'un même cadre familial) ou encore de la SAS se révélaient le plus souvent les plus adaptées.

Le Secrétaire Général de l'AFDD, Hugo BARBIER, dont les chroniques de droit des obligations à la *Revue trimestrielle de droit civil* font autorité, a évoqué, de son côté, plusieurs contentieux récents relatifs aux promesses de vente immobilières. Il s'est ainsi interrogé sur le point de savoir s'il était possible de conclure une promesse de vente portant sur un bien inaliénable, voire indisponible. Pour ce qui est du bien immobilier dans le commerce mais grevé par un droit personnel ou réel qui en empêche en principe la vente (bien grevé d'une inaliénabilité conventionnelle, ou bien faisant l'objet d'une saisie, ou encore objet d'un avant-contrat en cours), la promesse est toujours possible sous la condition suspensive, ou le terme suspensif, de disparition de l'élément de blocage (fin de l'inaliénabilité, mainlevée de la saisie, expiration de l'avant-contrat antérieur). En revanche, sans condition suspensive, il semble bien que la promesse soit nulle pour avoir porté sur un bien sur lequel le vendeur ne disposait pas pleinement du droit d'en disposer. Reste que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt quelque peu énigmatique (Civ.3ème, 30 janv. 2020, n° 18-25.381), selon lequel une promesse passée sur un bien immobilier grevé par une clause d'inaliénabilité attachée à la donation qui a été faite de ce bien peut être considérée comme valable dès lors que, postérieurement à cette promesse, l'inaliénabilité finit par disparaître (en l'espèce décès des donateurs). Quant au bien hors commerce, il semble bien qu'il puisse faire l'objet d'une promesse dès lors qu'une condition suspensive prévoit l'événement qui le fera entrer dans le commerce. Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il pu juger que le déclassement d'un bien appartenant pour l'instant au domaine public pouvait être érigé en condition suspensive d'une promesse de vente portant sur ledit bien (CE, 7e et 2e ch. réun., 15 nov. 2017).

Autre question très intéressante évoquée par Hugo : celle du financement de la vente immobilière par un crédit immobilier, et plus particulièrement celle de la bonne foi de l'acquéreur-emprunteur. Un arrêt récent pose la question de savoir si la clause de résiliation anticipée du prêt immobilier pour cause de mauvaise foi de l'acquéreur emprunteur est abusive ou non (Civ.1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 18-24.297). Les juges admettent le jeu de la clause, considérant qu'elle ne déroge pas aux principes du droit commun des contrats. Or pourtant, sanctionnant un vice de formation du contrat (mauvaise information du prêteur par l'emprunteur qui dissimule son niveau réel d'endettement notamment) par une véritable résolution du contrat (la déchéance du terme étant traditionnellement considérée comme telle), c'est-à-dire par une sanction d'habitude attachée à sa mauvaise exécution, la clause n'est pas loin de recréer de manière détournée une nullité unilatérale du contrat, alors que cette figure a été bannie par le législateur en 2016, lequel ne retient que la nullité judiciaire et la nullité conventionnelle donc consentie par les deux parties. Nous verrons ce que l'avenir jurisprudentiel pensera de cette clause efficace certes mais singulière...

Enfin, Vincent de BONNAFOS, auteur il y a quelques années d'une thèse remarquée sur l'entreprise citoyenne et qui est aujourd'hui Collaborateur Senior au sein du Cabinet de conseil juridique DL Corporate & Regulatory, à Monaco, a clos le webinaire en traitant des problèmes spécifiques soulevés par la présence, de plus en plus forte, d'objets connectés au sein des immeubles. Ces objets sont aujourd'hui très présents, tant dans des parties privatives que communes, et le plus souvent d'une grande utilité pratique, mais ils soulèvent aussi, au plan juridique, des problématiques qui ne sauraient être méconnues par les juristes : ainsi, dans la protection qu'il convient d'assurer aux enfants, ou aux personnes d'un certain âge. Vincent a ainsi, par exemple, développé les recommandations que la CNIL a récemment présentées, fin 2020, dans son Livre Blanc sur les assistants vocaux. Des objets connectés qui peuvent aussi se révéler, de manière très positive, de forts soutiens pour la protection de l'environnement, Vincent clôturant ce séminaire en montrant excellemment comment les

compteurs communicants peuvent être de superbes leviers écologiques de la *smart city* !

Ainsi, l'AFDD s'est-elle retrouvée, à travers ce webinaire, au cœur de problématiques d'une particulière actualité et, à travers toutes ces contributions de grande qualité, elle a, une nouvelle fois, parfaitement rempli sa mission d'expertise et de transmission, en s'ouvrant également, à travers la formule de la visio-conférence, à un très large public.

Si tous ces thèmes retiennent votre attention et si vous souhaitez donc poursuivre le dialogue avec nos intervenants, vous pouvez les contacter :

David RICHARD : davidrichardblois@yahoo.fr

Sandie LACROIX-DE SOUSA : sandie.lacroix@univ-orleans.fr

Hugo BARBIER : hugobarbier@hotmail.com

Vincent DE BONNAFOS : vincent.debonnafos@gmail.com

Et rendez-vous maintenant au prochain séminaire de l'AFDD !



AFDD