

RCC

REVUE

CONSTITUTION ET CONSOLIDATION

DE L'ÉTAT DE DROIT DE LA DÉMOCRATIE ET
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN
AFRIQUE

ÉDITORIAL

DOCTRINE

« **La dernière vague du constitutionnalisme en Afrique noire francophone : la désacralisation de la constitution** »

Par NAHM-TCHOUGLI Mipamb Guy, Maître-Assistant
Faculté de Droit - Université de Lomé - TOGO (Page 9)

« **L'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire** »

Par Serge François SOBZE, Maître-assistant de droit public,
Université de Douala (Cameroun) (Page 63)

« **La question de la double responsabilité de l'administration et de l'agent public devant le juge administratif camerounais** »

Par AWONO ABODOGO Frank Patrick, Docteur en Droit Public à l'Université de Douala
(Cameroun) (Page 113)

« **La République dans la nouvelle Constitution du Centrafrique** »

Par Éric Stéphane MVAEBEME, Ph.D en Droit Public, Assistant à la Faculté de Sciences Juridiques
et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun) (Page 151)

« **Le choix du cocontractant de l'Administration dans les Etats d'Afrique subsaharienne : l'exemple du Cameroun** »

Par Luc Patrick Balla Manga, Docteur/Ph.D en droit public à l'université de Douala
(Cameroun) (Page 191)

« **Le pouvoir de substitution en droit de la décentralisation territoriale camerounaise** »

Maurice Cédric Mvogo, Conseiller Principal d'Orientation, Docteur en Droit public
Chercheur associé au Bureau des Etudes Stratégiques (BESTRAT) (Cameroun) (Page 241)

TRIBUNE LIBRE

« **L'accès des acteurs de la société civile et des individus à la Commission et à la Cour africaine des droits de l'homme** »

Par Dr. Christian Joël AKONO, Docteur en droit, Chargé de cours Université de Douala
(Cameroun) (Page 277)

« **Le retrait des Etats du Statut de Rome : un impact négatif mais relatif sur la répression des crimes internationaux** »

Par Ngang Joseph Magloire, Docteur en droit (Cameroun) (Page 315)

CHRONIQUES

**Chronique de droit des finances publiques et de droit public économique
(1er janvier au 31 décembre 2019)**

Par Errol TONI, Docteur en droit public, Centre d'études et de recherches sur
l'administration et les finances, (Université d'Abomey- Calavi)
Équipe de droit public, (Université Jean Moulin – Lyon 3) (Page 369)

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

DECISION DCC 20-423 DU 09 AVRIL 2020 (Page 385)

DECISION DCC 20-434 DU 30 AVRIL 2020 (Page 389)

DECISION DCC 20-468 DU 22 MAI 2020 (Page 401)

DECISION DCC 20-510 DU 18 JUIN 2020 (Page 405)

ACTUALITÉ DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES (Page 413)



République du Bénin

Cour Constitutionnelle

REVUE
RCC **CONSTITUTION** ET
CONSOLIDATION
DE L'ÉTAT DE DROIT, DE LA DÉMOCRATIE ET
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN AFRIQUE



DOCTRINE
CHRONIQUES
JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE
ACTUALITÉ DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

2020 N° 4 / Semestriel

Copyright : Cour Constitutionnelle du Bénin

Mise en page et impression

Imprimerie COPEF

00229 61 61 65 38 / 00229 95 84 34 34

imprimerie_copef2006@yahoo.fr

Cotonou - Bénin

ISSN : 1840-9687

Dépot légal : n° 11573 du 30 décembre 2020

3^{ème} trimestre Bibliothèque Nationale

Distribution : 00229 21 31 14 59

Droits de reproduction, de traduction, d'adaptation réservés pour tout pays.
(Loi n° 2005-30 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins
en République du Bénin)

ÉDITORIAL

La RCC trace, avec l'énergie de sa jeunesse et la patience qu'inspire la sagesse, ses propres sillons et ouvrent les perspectives encore plus enrichissantes à la théorie et à la pratique de la justice constitutionnelle.

Il est en effet heureux de s'interroger sur les rapports entre la justice constitutionnelle et la justice communautaire dont les aspects jusqu'alors méconnus commencent par être l'objet du dialogue nécessaire et attendu des juges au moyen des récentes décisions de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice de l'UEMOA. A la vérité, le saisissement par le droit constitutionnel du droit communautaire et le regard du droit communautaire sur la Constitution ne sont pas nouveaux. Mais la situation de latence méritait d'être dépassée pour saisir les rapports du droit posé.

Il est tout aussi heureux que les questions renouvelées relatives au lien entre le juge constitutionnel et le droit international, notamment le droit international pénal, soient tout aussi débattues. Si, par le droit, l'Etat ne saurait échapper à la responsabilité née de ses engagements internationaux, c'est également par le droit qu'il assure sa pérennité et son rayonnement tout en satisfaisant à son devoir de protection des droits individuels et collectifs.

Les préoccupations d'ordre interne ne sont pourtant pas ignorées par le présent numéro de votre revue. Le régime des actes administratifs a retenu l'attention des auteurs. On sait bien que les actes administratifs unilatéraux sont subordonnés au règne du droit, même dans les rapports entre les différents organismes de

droit public. C'est le cas en matière de substitution notamment des collectivités publiques. Le contrat administratif n'échappe pas au principe. La conclusion des contrats publics obéit à plusieurs règles au nombre desquelles l'égalité d'accès qui met les cocontractants en situation concurrentielle dont la transparence est garantie par des mécanismes prédéfinis. Puisque l'exercice de privilèges dérogatoires du droit commun ne saurait s'accommoder d'irresponsabilité, l'Etat de droit implique la possibilité pour l'Etat et ses agents de pouvoir rendre compte afin de réparer le préjudice causé. Cette manifestation de l'Etat de droit se traduit donc par des mécanismes permettant d'engager la responsabilité de l'administration ou de ses agents.

Enfin, l'Etat de droit trouve sa pleine expression dans la Constitution lorsque celle-ci répond aux critères matériels, la garantie des droits, et formel, la suprématie du droit, comme fondement de la République. Mais au-delà de cette expression, il faut un mécanisme qui permet de s'en assurer. Cela se traduit par le contrôle opéré par le juge constitutionnel. Ces décisions du juge ne sont pas intangibles. Elles peuvent évoluer dans le temps pour s'aligner aux contraintes circonstancielles. Pour ce faire, elles doivent satisfaire l'exigence de motivation. La motivation s'appréhende dès lors comme une source de démocratie. Les décisions de la juridiction constitutionnelle ne dérogent pas à cette exigence de l'Etat de droit, comme le souligne la chronique dédiée au droit des finances publiques et au droit public économique.

Le présent numéro de votre revue est publié au moment où la Constitution du 11 décembre 1990 célèbre ses noces de perles avec la Nation qu'elle protège et l'Etat qu'elle construit. En triomphant de diverses péripéties imposées par le temps, elle

pose avec patience la fondation de l'Etat de droit sur un socle dont la solidité est enviée. Si la révision intervenue le 7 novembre 2019 (Loi n°2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin), n'en a modifiée ni la fondation ni la structure, les modifications introduites renforcent la solidité de l'Etat et la stabilité du fonctionnement des institutions.

L'année 2021, que je souhaite heureuses et gracieuse, à chacune et à chacun, à toutes et à tous, maintiendra l'envie de la recherche et la flamme allumée sur l'ensemble de ces sujets.

La Revue remercie les contributeurs dont la fertilité de la pensée est sa source vitale de leur accompagnement constant et de grande qualité.

Bonne lecture pour une bonne année.

Pr. Joseph DJOGBENOU
Président de la Cour constitutionnelle,
Directeur de publication.

DOCTRINE

« La dernière vague du constitutionnalisme en Afrique noire francophone : la désacralisation de la Constitution »

Par **NAHM-TCHOUGLI Mipamb Guy**
Maître-Assistant
Faculté de Droit - Université de Lomé - TOGO

INTRODUCTION

« L'un des pires péchés d'orgueil que puisse commettre le constituant est de considérer que son œuvre étant parfaite, et ayant de ce fait vocation à l'éternité, il faut interdire aux générations futures de la défigurer ». ¹ Certes, la stabilité de la Constitution ² est nécessaire à la sécurité des citoyens, mais elle ne peut demeurer intangible, elle doit s'adapter à l'air du temps.

1 **J. WALINE**, « Les révisions de la constitution de 1958 », *In Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999. pp. 207.

2 Au sens matériel, la Constitution s'entend de toutes les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir ainsi que les droits fondamentaux qui sont reconnus aux individus. En ce sens, la Constitution prescrit des limites à l'autorité. Par cette fonction de limitation, la Constitution devient ambivalente parce qu'elle se présente comme une norme supérieure dont se dote le peuple, incarnation de l'Etat afin d'encadrer juridiquement ce même Etat. La Constitution est appréhendée comme une logique de distribution de la compétence ou de l'étendue des pouvoirs donnée à tous et à chacun de ceux que la loi a chargé des fonctions publiques.

Au sens formel, la Constitution désigne un instrument énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant et qui par suite ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision. Ainsi, la Constitution s'entend d'un ensemble de règles ayant reçu une forme distincte, parce qu'elles sont édictées ou ne peuvent être révisées que par un organe ou une procédure spécifique. V. **R. CARRE DE MALBERG**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922, Tome 2, p. 571, **F. MODERNE**, *Réviser la Constitution : analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006, 106 pages, **S. MILACIC**, « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », *In Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2006, p. 375.

« La constitution est au centre de deux préoccupations contradictoires. D'un côté, elle doit être stable car elle aménage les conditions d'exercice du pouvoir et fixe les droits et libertés qui ne peuvent pas être soumis aux aléas du moment. D'un autre côté, la constitution est l'expression de la volonté du peuple souverain et celle-ci ne s'épuise pas après que le texte ait été adopté »³. C'est la finalité du constitutionnalisme⁴.

En effet, le constitutionnalisme trouve son origine dans les mouvements apparus au siècle des Lumières en Europe⁵. Selon P. LAUVAUX, « la notion de constitutionnalisme s'identifie avec la limitation du pouvoir par la constitution et, en définitive avec la soumission de l'Etat au droit »⁶. C'est au XIX^e siècle

- 3 **Dmitri Georges LAVROFF**, « La Constitution et le Temps », In *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999. pp. 207.
- 4 Le constitutionnalisme, c'est l'idéologie libérale fondée sur la croyance au droit comme promoteur de l'ordre légitime universel et de la constitution comme limite à l'arbitraire du pouvoir. Les principes caractéristiques du constitutionnalisme sont la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux reconnus aux individus¹³, la consécration de l'Etat de droit. V. en ce sens **J. Chevallier**, - « L'Etat de droit », *RDP*, mars-avril 1988, pp. 313-380 ; - *L'Etat de droit*, 5ème éd. Paris, Montchrestien, 2010 ; **O. Beaud**, « Doctrine », in **D. Alland S. Rials**, dir., *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 385. **M. Troper D. Chagnollaud**, dir., *Traité international de droit constitutionnel*, Tome I, Théorie générale de l'Etat, Paris, Dalloz, 2012, pp. 40-42 ; et pp. 69-97.
- 5 En Europe, le constitutionnalisme remonte à la grande charte des libertés anglaises accordées par le Roi Jean sans Terre à ses barons révoltés en 1215. On peut également citer « l'Agreement of the free people of England » par lequel les révolutionnaires anglais tentèrent en 1649 de limiter les prérogatives des gouvernants au nom des droits naturels et historiques de l'Homme, « Le Bill of Rights » accordé au parlement par Guillaume d'Orange en 1689. Plus tard, de nombreux pays se dotèrent aussi de constitutions inspirées soit du modèle politique anglais, soit de la constitution des Etats-Unis. En Europe, le constitutionnalisme remonte à la grande charte des libertés anglaises accordées par le Roi Jean sans Terre à ses barons révoltés en 1215. On peut également citer « l'Agreement of the free people of England » par lequel les révolutionnaires anglais tentèrent en 1649 de limiter les prérogatives des gouvernants au nom des droits naturels et historiques de l'Homme, « Le Bill of Rights » accordé au parlement par Guillaume d'Orange en 1689. Plus tard, de nombreux pays se dotèrent aussi de constitutions inspirées soit du modèle politique anglais, soit de la constitution des Etats-Unis.
- 6 **P. LAUVAUX**, « Les grandes démocraties contemporaine », *Revue française de science politique*, année 1990/40-42, pp. 271-273.

que la notion de constitutionnalisme a connu un véritable essor en Europe. Plusieurs monarques se résignèrent pour sauver leur trône à octroyer une constitution à leurs peuples, marquant ainsi un frein à l'arbitraire. Le professeur Pierre PACTET n'affirmait-il pas que « le constitutionnalisme désigne le mouvement qui est apparu au siècle des Lumières et qui s'est efforcé, d'ailleurs avec succès, de substituer aux coutumes existantes, souvent vagues et imprécises et qui laissaient de très grandes possibilités d'action discrétionnaire aux souverains, des constitutions conçues comme devant limiter l'absolutisme et parfois le despotisme des pouvoirs monarchiques »⁷. C'est quasiment le même mouvement qui s'est imposé en Afrique et plus particulièrement en Afrique noire francophone au début des années 1990.

Les premières lois fondamentales étaient marquées par l'adhésion des nouveaux Etats africains à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 et l'adoption des modèles constitutionnels de l'Europe libérale. Ainsi, soulignait le professeur GLELE : « l'Afrique accéda donc à l'indépendance avec un héritage colonial, un legs politique et institutionnel mûri ailleurs, produit de l'histoire sociale et économique du génie d'autres peuples »⁸. Ces constitutions ne résistèrent pas à la réalité des faits, comme l'avait très justement affirmé le premier Président de la République du Ghana, Kwame N'KRUMAH : « Nous ne pouvons continuer à être gouvernés par une constitution... bourgeoise, inadaptée »⁹.

7 P. PACTET, *Institutions politiques - Droit constitutionnel : Politiques et Management Public*, Année 1984 2-3 p. 118.

8 M. A. GLELE, La constitution ou loi fondamentale, *In Encyclopédie juridique de l'Afrique*, NEA – 1982, Abidjan, Vol. I. pp. 31 et s.

9 P.F. GONIDEC, Constitutionnalisme africain, *RADIC*, Mars 1996 – p. 23.

Aussi, dès 1963, des coups d'Etat vinrent-ils abroger ces premières lois fondamentales¹⁰. Les régimes démocratiques d'alors cédèrent la place à des régimes autoritaires. Ce fut la période des dictatures militaires et civiles. De 1963 à 1990, environ une centaine de coups d'Etat avaient été perpétrés sur l'ensemble du continent. Le legs colonial a cédé la place aux régimes d'exception avec pour enjeu une nouvelle répartition du pouvoir. L'incursion de l'armée dans la vie politique n'avait aucun fondement constitutionnel. Ces régimes autoritaires, pendant environ une décennie, avaient fonctionné dans un total vide constitutionnel¹¹. Néanmoins la volonté de durer au pouvoir et la recherche d'une légitimité avait amené ces régimes à se doter de lois fondamentales, le plus souvent sous les pressions de la communauté internationale. Mais ces dernières n'étaient réellement pas un instrument de répartition et de limitation des pouvoirs ou encore de garantie des libertés fondamentales. La «permanence du constitutionnalisme» ou encore «la sacralisation de la constitution» selon la formule du professeur GLELE¹² répondait simplement au souci des dirigeants de donner à leurs régimes un fondement constitutionnel.

Ce cycle constitutionnel autoritaire a pris fin à partir de 1990 sous l'effet conjugué d'une part, de l'effondrement du «Mur de Berlin» et des démocraties populaires d'Europe centrale et orientale et d'autre part, de l'échec des régimes politiques à parti unique qui se voulaient intégrateurs mais qui s'étaient révélés oppresseurs.

10 Le premier coup d'Etat avait eu lieu du Togo le 13 janvier 1963.

11 V. P.F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, LGDJ, Vol. II. pp. 107 et s. Par exemple, le Bénin se passa des Constitutions de 1968 à 1977. De même, le Togo n'avait pas de Constitution de 1967 à 1979.

12 M. GLELE, op. cit.

Les nouvelles constitutions adoptées ici et là dans les années quatre-vingt-dix formaient ainsi « un ensemble de règles suprêmes fondant l'autorité de l'Etat, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs et souvent aussi lui imposant des limitations en particulier en garantissant des libertés aux sujets et aux citoyens »¹³. Elles constituent une nouvelle génération du constitutionnalisme en Afrique, celle qui a été qualifiée de troisième génération¹⁴. Les constitutions issues de ce mouvement sont caractérisées par l'affirmation de l'adhésion des Etats aux principes de la démocratie et donc du constitutionnalisme libéral. Il résulte de cette adhésion un retour en force du modèle occidental, ce qui a fait dire au professeur GONIDEC que « tous les ingrédients du constitutionnalisme classique à la mode occidentale sont présents en Afrique »¹⁵. Elles ont à la fois constitutionnalisés les droits de l'Homme, procédé à la séparation des pouvoirs et institué des mécanismes de contrôle juridictionnel tendant à garantir les droits fondamentaux. D'une manière générale, ce néo-constitutionnalisme des années 1990 en Afrique noire francophone consacre formellement la primauté du droit, mais celui-ci connaît depuis quelques années une remise en cause.

La caractéristique de la dernière phase du constitutionnalisme en Afrique est la vague déferlante de révisions constitutionnelles. Le boom des années 90 en faveur du constitutionnalisme libéral s'est lentement estompé dès le début du 21^e siècle avec le retour progressif des régimes autoritaires. On note un contraste saisissant entre le boom du constitutionnalisme libéral des années 1990 et

13 V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, p. 194.

14 Nous pouvons ranger les premières constitutions élaborées avec les indépendances dans la première génération, les constitutions consacrant les partis uniques dans une deuxième génération et celles élaborées dans les années 1990 dans la troisième génération.

15 P.F. GONIDEC – Op. Cit.

le boom des remises en cause de ce même constitutionnalisme. Cette dernière vague déferlante résulte soit des révisions constitutionnelles soit des changements de constitution ; les deux opérations n'étant pas les mêmes. Si l'on admet avec le Professeur Franck MODERNE que « Changer la constitution n'est pas changer de constitution »¹⁶, c'est ressortir la différence entre la révision de la constitution et l'adoption d'une nouvelle constitution.

D'une part, la révision de la constitution est l'acte par lequel on procède à une modification de la constitution selon le régime que cette dernière a elle-même prévu¹⁷. « Si on modifie des normes constitutionnelles à l'intérieur d'un ordre juridique déterminé et par application des règles posées par cet ordre pour le changement ainsi opéré, la continuité juridique est assurée au sein d'une constitution qui reste formellement la même »¹⁸.

D'autre part, le changement de constitution, c'est l'opération qui vise à en rédiger une nouvelle. En ce sens, le pouvoir de rédiger une constitution ; le pouvoir constituant originaire ; est en principe un pouvoir insubordonné, c'est-à-dire un « *pouvoir initial, autonome et inconditionné* »¹⁹. L'exercice du pouvoir constituant originaire

16 **F. MODERNE**, « Réviser » la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé, Paris, Dalloz, 2006, p. 97.

17 **P. ARDANT**, « La révision constitutionnelle en France : problématique générale » In La révision de la Constitution, journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Association française des constitutionnalistes, Economica, 1993, p. 80

18 **F. MODERNE**, « Réviser » la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé, Paris, Dalloz, 2006 p. 97.

19 **G. BURDEAU**, *Traité de Science politique*, Tome VII : La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973. pp. 517 et s.

est plus ou moins démocratique selon le degré de participation du peuple et de ses représentants à l'adoption de la constitution²⁰.

Dans le contexte africain de ces deux dernières décennies, tout y passe. On observe une inflation aussi bien des modifications que des changements de constitutions à telle enseigne qu'on en vient à s'interroger sur le caractère sacré de la constitution.

En effet, la constitution fait l'objet d'une définition au sens formel et au sens matériel. Au sens formel, la constitution est selon KELSEN « la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques. Cette règle de la création des normes juridiques essentielles de l'Etat (...) et de la procédure de la législation forme la constitution au sens propre, originaire et strict du mot »²¹. Au sens matériel, toujours selon KELSEN, « c'est elle qui est en jeu lorsque les constitutions modernes contiennent, non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles. Par-là (...), la constitution trace des principes, des directions, des limites pour le contenu des lois à venir (...) La constitution n'est pas alors uniquement une règle de procédure mais aussi une règle de fond »²². Aussi, la première dite souple admet-elle plus facilement la révision²³ souvent par le canal de la loi ordinaire alors que la seconde, dite rigide, ne peut

20 Par exemple, la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 a été octroyée à ses sujets par Louis XVIII, tandis que la Constitution du 27 octobre 1946 a été rédigée par une assemblée constituante élue par le peuple avant d'être approuvée par ce dernier par voie référendaire. Par ailleurs, bien que rédigée par l'exécutif, la Constitution du 4 octobre 1958 a été approuvée par le peuple à l'occasion du référendum du 28 septembre 1958

21 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP 1928, p. 204.

22 Idem p. 225

23 V. M. VERPEAUX, *La Constitution*, Dalloz, « Connaissance du droit », p. 109. J. Bell, « La révolution constitutionnelle au Royaume Uni », RDP 2000, p. 413.

être modifiée que selon des procédures particulières, différentes de celles utilisées pour la constitution formelle, garantissant ainsi la supériorité juridique du texte constitutionnel sur la loi ordinaire. Et, ce sont ces procédures spéciales qui lui assure la stabilité.

Mais dans la plupart des pays africains, la constitution est loin de l'idée que s'en fait le Professeur Dmitri Georges LAVROFF²⁴. Certes, personne ne peut envisager l'idée qu'une constitution puisse être établie *ad vitam aeternam* mais le mobile de la révision doit s'inscrire dans cette idée forte de Michel VIRALLY selon laquelle « Le droit, construction sociale, système de représentations intellectuelles, n'est pas en mesure d'arrêter l'histoire, de figer l'évolution des sociétés. Il doit sans cesse s'adapter, se modifier, pour conserver son effectivité en face des transformations sociales.... Il s'établit ainsi dans tout ordre juridique, une tension entre des forces de conservation et des forces de changement, dont l'équilibre peut être fort différent suivant les périodes et les sociétés considérées, mais dont la résultante est telle que cet ordre ne peut immobiliser indéfiniment les normes qui le constituent et ne peut pas davantage se renouveler intégralement du jour au lendemain »²⁵. Ce qui se passe sur le continent africain est loin des théories et des pratiques connues ailleurs et appellent des interrogations.

Partant de l'idée que la constitution est l'œuvre du souverain (en démocratie, le peuple), on se demande si les gouvernants en Afrique ont du mal à se soumettre au droit qui a été secrété par le peuple souverain ? Les modalités d'atteinte à la constitution

24 D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 1997. 2e édition. p. 109.

25 M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960. p. 188.

inscrites dans cette dernière justifient-elles qu'on en use et en abuse ? Le constitutionnalisme libéral est-il inapplicable en Afrique ?

Autrement dit, l'existence préalable d'un droit qui vient limiter l'action normative de l'État et obligent les divers organes de l'État à respecter les principes juridiques supérieurs ne confère-t-elle pas un caractère sacré à la constitution en Afrique ?

Dans un article publié en 2003²⁶, nous faisons l'apologie du renouveau constitutionnel en Afrique démontrant que les nouvelles constitutions adoptées ici et là dans les années quatre-vingt-dix formaient un ensemble de règles suprêmes fondant l'autorité de l'Etat, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs et souvent aussi lui imposant des limitations en particulier en garantissant des libertés aux citoyens. Ce renouveau constitutionnel constituait une nouvelle génération du constitutionnalisme en Afrique, celle que l'on a pu qualifier de troisième génération. Ces constitutions étaient caractérisées par l'affirmation de l'adhésion des Etats aux principes de démocratie libérale. Mais force est d'affirmer aujourd'hui que ce constat établi a pris du plomb dans l'aile à partir des années 2000. Le constitutionnalisme libéral du début des années 1990 est devenu une chimère (I) et la constitution est devenue en Afrique le symbole de la négation de l'Etat de droit (II).

26 Renouveau constitutionnel et Etat de droit en Afrique de l'ouest francophone, *In Revue de l'intégration juridique et judiciaire en Afrique*, année 2003, n° 3 et 4, pp.107-143.

I- LA CONSTITUTION EN AFRIQUE : UNE CHIMERE

Le professeur Pierre-François GONIDEC, dressant le bilan de trente années de pratiques constitutionnelles, s'interrogeait, en ces termes, sur l'utilité des constitutions en Afrique : « À quoi servent les constitutions africaines ? »²⁷. Cette interrogation reste toujours valable après les trente dernières années de pratiques de constitutionnalisme libéral parce que la loi fondamentale est encore malmenée au gré des ambitions politiques (A) pour des objectifs politiques inavoués entraînant de fait sa déconsolidation (B).

A- Une loi fondamentale constamment malmenée

La sécurité juridique²⁸ des citoyens est la marque du constitutionnalisme libéral. Mais tel n'est pas le cas en Afrique. « La fétichisation de la constitution dans les Etats d'Afrique noire d'expression française cache mal son incapacité à servir véritablement d'assise juridique au pouvoir politique »²⁹. Les mécanismes de révision offerts par le texte de la constitution même ouvrent grandement la porte à toutes les formes d'atteinte au texte présumé sacré. Ces atteintes procèdent soit par une voie

27 **P.-F. Gonidec**, « À quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain », RJPIC, octobre-décembre 1988, n° 4, p. 849

28 D'abord, la sécurité juridique se décrit comme l'exigence de la prévisibilité du droit, à cet égard, les règles de droit ne doivent régir que les actions futures afin de permettre aux justiciables de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes et de leurs actions (ex : principe de non-rétroactivité, « rule of law », règles de droit transitoire). Ensuite, dans l'optique de savoir afin de prévoir, la sécurité juridique présuppose l'accessibilité aux normes juridiques. Au plan formel, cela requiert la publication des normes juridiques. Au plan matériel, l'accessibilité exige que les justiciables soient en mesure de comprendre les normes juridiques (ex : principe de précision des lois, intelligibilité des motifs des jugements). Enfin, les justiciables doivent pouvoir compter sur leurs prévisions lorsqu'ils actualisent une action dans la durée, ce qui exige la stabilité du droit (ex : respect des attentes légitimes, délai de prescription, délai de recours, publicité des droits, autorité de la chose jugée, règle du précédent, nullité prospective d'une loi inconstitutionnelle). **V. S. Ciamonti**, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps » (2008) 110 R. du N.631, p. 633.

29 **A. KPODAR**, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *In RFDC*, 0090, 0057, p.7.

idéale qu'est le mécanisme de révision prévu par la constitution (1) soit par une voie radicale, le changement de constitution (2).

1- Réviser la constitution : un canal idéal

Les règles de révision de la constitution sont inscrites dans toutes les constitutions modernes³⁰. C'est « formellement une technique procédurale par laquelle les pouvoirs publics modifient expressément et officiellement le texte de la constitution. Matériellement, elle décrit l'objet de la modification constitutionnelle, résultat de cette procédure formelle »³¹. Cette idée est fortement gravée dans la Constitution française de 1791³² en ces termes : « la nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution... ». Ainsi, le Conseil constitutionnel français considère-t-il que : « Le pouvoir constituant est souverain, il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »³³.

Généralement, l'objectif poursuivi par la révision d'une constitution est de l'améliorer sans aller jusqu'à sa transformation³⁴. Le temps est un facteur important dans la problématique de la révision de la constitution. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le constituant français de 1791 a précisé « qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la constitution

30 G. BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, thèse, Macon, J. Buguet-Comptour Imprimeur, 1930.

31 F. MODERNE, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, op. cit. p. 40.

32 **Titre VII - De la révision des décrets constitutionnels - Article 1. - L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients,**

33 CC, DC 91-298 du 24 juillet 1991.

34 P-M SY., *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de doctorat 1998.

même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients ». ³⁵

La constitution considérée, comme le fondement du pouvoir, doit bénéficier d'une autorité qui donne tout leur sens aux principes et à un ordre juridique s'inscrivant dans le cadre du constitutionnalisme libéral. A cet égard, les procédures de révision se distinguent nettement de la procédure législative ordinaire. Des auteurs comme ROUSSEAU³⁶ et SIEYES³⁷ considèrent que les formes dans lesquelles sont prévues leurs actions empêchent les pouvoirs publics d'outrepasser leurs attributions. Mais le Professeur Jean WALINE prévient très tôt à ce propos que : « Chaque fois que l'on révisé la constitution, il y a le risque de jouer " l'apprenti-sorcier " c'est-à-dire de remettre en cause le très subtil équilibre que réalise la constitution. Je serais tenté de dire qu'il n'y a pas de révision innocente de la constitution et qu'avant de réviser, il faut soigneusement réfléchir à toutes les conséquences éventuelles que pourrait avoir, ne serait-ce que par ricochet, la modification apportée »³⁸. Si chaque constitution prévoit elle-même les conditions de sa propre révision, la tendance générale contemporaine est de formuler celles-ci en des termes de validités complexes ou renforcées. Ainsi, les révisions sont-elles soumises à des conditions de majorités renforcées pour empêcher les velléités partisans. La procédure souvent requise

35 Titre VII - De la révision des décrets constitutionnels (Article 1) op.cit.

36 J. J. ROUSSEAU : *Du contrat social*, Flammarion, GF, 2001 (préface de Bruno Bernardi).

37 SIEYES, Discours à l'Assemblée nationale constituante, 7 septembre 1789, citoyens, représentants, Parlement, Etats généraux, Révolution française.

38 J. WALINE, « Les révisions de la Constitution de 1958 » *In Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, op. cit. p. 243.

par le constituant est la majorité renforcée. Tel est le cas dans la plupart des pays d’Afrique noire francophone³⁹.

Malgré cette rigidité des procédures de révision, les gouvernants africains ont succombé tous aux vertiges du mouvement révisionniste⁴⁰. Au vent de la démocratie qui avait soufflé au début des années 1990 succède l’ouragan de la modification des constitutions. Les gouvernants africains, saisis « par la pandémie du présidentielisme négro-africain »⁴¹, offrent des exemples d’atteintes à la constitution au point de réduire celle-ci à sa plus simple expression. Les révisions constitutionnelles prennent d’ailleurs une tournure polémique remarquable dans plusieurs Etats⁴². Sans doute, le Sénégal détient le record en la matière.

De la Constitution du 26 août 1960⁴³ à la dernière du 04 mai 2019, les révisions et changements se sont succédés en cascade. La loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant adoption d’une nouvelle constitution, après l’alternance survenue en mars 2000,

39 V. E. LEKENE DONFACK, « La révision des constitutions en Afrique », *RJPIC*, 1989, p. 50. M. PROUZET, « Les procédures de révision constitutionnelle », *In Les institutions constitutionnelles des Etats d’Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 286. V. aussi M. DJEDJRO, « La révision des constitutions dans les Etats africains francophones : Esquisse de bilan », *In RDP*, 1990, p.111.

40 V. Rapport du Centre pour la gouvernance démocratique du Burkina Faso de 2009.

41 Th. Holo, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 102.

42 K. AHADZI-NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d’Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, Juillet-Décembre, 2002, p.35.

43 La constitution du 26 août 1960 a été remplacée par celle du 7 mars 1963. Ce nouveau texte subira une série de révisions en date du 20 juin 1967, du 26 février 1970, des 19 mars et 6 avril 1976, du 28 décembre 1978 et du 24 avril 1981.

va lui aussi faire l'objet d'une série de révisions⁴⁴. Au total, une vingtaine de révisions ou de changements de constitution ont

-
- 44
- 1- loi n° 2003-15 du 19 juin 2003 portant révision de la Constitution et instituant un Conseil de la République pour les Affaires Economiques et Sociales (CRAES).
 - 2- loi n° 2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001. Cette réforme est présentée comme une mesure d'économie, face aux charges publiques impliquées par les sinistres de l'époque (intempéries et autres inondations).
 - 3- loi n° 2006-37 du 15 novembre 2006 modifiant l'article 33 de la Constitution : il s'agit de prendre en compte, dans l'organisation de l'élection présidentielle, du nouveau droit de vote accordé aux membres des corps militaires et paramilitaires.
 - 4- loi constitutionnelle n° 2007-06 du 12 février 2007 créant un Sénat. La mesure est présentée comme garantissant une meilleure représentation des collectivités locales et des sénégalais de l'extérieur.
 - 5- loi constitutionnelle n° 2007-19 du 19 février 2007 modifiant l'article 34 de la Constitution : elle porte sur le jeu des retraits de candidature entre les deux tours de l'élection présidentielle.
 - 6- loi constitutionnelle n° 2007-21 du 19 février 2007 modifiant la loi n° 2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001. Cette loi fait suite à la décision du Conseil d'Etat du 12 janvier 2007 annulant le décret de répartition des sièges des députés. Dans ces conditions, la tenue des élections législatives n'était plus possible dans les délais prévus par l'article L.168 du Code électoral qui fait obligation aux déclarations de candidatures d'être déposées 60 jours avant la date du scrutin.
 - 7- loi constitutionnelle n° 27-2007 du 15 mai 2007 relative au Sénat. Il s'agit, aux termes de l'exposé des motifs de la loi, de tirer les conséquences de la loi créant le Sénat sur deux points : indiquer que le président du Sénat peut assurer la suppléance du Chef de l'Etat en cas de démission, d'empêchement ou de décès ; d'autre part, supprimer la disposition de la première loi relative aux délais d'élection et de nomination des sénateurs, compte tenu du report des élections locales.
 - 8- loi constitutionnelle de 2007 favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions et mandats.
 - 9- loi constitutionnelle d'octobre 2008 qui retire de la Constitution la durée du mandat du président de l'Assemblée nationale, pour la renvoyer au Règlement intérieur de chaque Assemblée, qui la fixe désormais à un an.
 - 10- Révision constitutionnelle du 20 mars 2016 prévoit notamment la limitation du nombre de mandats présidentiels à deux (de 5 ans). Il propose également la mise en place un Haut Conseil des Collectivités territoriales en remplacement du Sénat qui a été supprimé dès l'accession du président Macky Sall à la Présidence de la République. Les Sénégalais résidant à l'étranger éliront également leurs députés à l'Assemblée nationale.**
 - 11- La révision de la constitution 04 mai 2019 portant suppression du poste de Premier ministre.

jalonné la vie politique de ce pays⁴⁵ au grand regret du Professeur Babacar KANTE qui résume ainsi la situation : le Sénégal est « un exemple de continuité et d'instabilité constitutionnelle »⁴⁶. Mais d'une manière générale, les années 2000 sont marquées par rythme effréné de révisions constitutionnelles.

Au Burkina Faso, par exemple, depuis son adoption le 02 juin 1991, la constitution a été révisée à huit reprises⁴⁷. Et c'est à l'occasion de la huitième modification de la constitution, la troisième concernant l'article 37 pour supprimer la limitation du nombre de mandats présidentiels en 2014, le président Compaoré est renversé par un mouvement insurrectionnel. Enfin, en 2015 la Constitution du 02 juin 1991, connaît une dernière modification après les mésaventures du président Blaise COMPAORE. Au total, en 25 ans d'existence, la Constitution du Burkina Faso du 02 juin 1991 a été révisée huit fois pour enfin être changée par celle de 2018.

45 En comparaison, depuis l'adoption de la Constitution française du 4 octobre 1958 à nos jours, on y a enregistré « au total à vingt-quatre révisions constitutionnelles d'importance inégale. À l'exception des deux premières, les révisions ont été opérées en application de l'article 89 de la Constitution. Vingt-et-une ont été approuvées par le Congrès et une seule, en 2000, par référendum, concernant la réduction à cinq ans du mandat présidentiel ». V. Assemblée nationale, fiche de synthèse n°43 : La révision de la Constitution.

46 B. KANTE, « Le Sénégal : un exemple de continuité et d'instabilité constitutionnelle », *Revue juridique politique et économique du Maroc*, septembre 1989, p. 145.

47 En 1997, la première révision de la constitution avait porté sur la suppression de l'article 37 relatif à la clause limitative du nombre de mandats présidentiels. Trois ans plus tard, en 2000, la même clause a été rétablie. En 2002, la loi N°001-2002/AN du 22 janvier 2002 s'est essentiellement attachée à la suppression du Sénat. La quatrième révision est intervenue en 2009 en vue de combattre « le nomadisme politique » et d'opérer une meilleure répartition des compétences entre le Conseil constitutionnel et le juge administratif en matière de contentieux électoral. La cinquième révision opérée par la loi N°023-2012/AN du 18 mai 2012 a inscrit dans la constitution la possibilité et les modalités de prorogation du mandat des membres du parlement. La sixième révision a été le fait de la loi N°033-2012/AN du 11 juin 2012 qui a apporté des changements significatifs à divers niveaux. La septième révision adoptée le 13 novembre 2013 suspend les institutions issues de la révision de juin 2012, notamment en permettant à l'Assemblée nationale de délibérer seule avant la mise en place effective du sénat et au conseil constitutionnel de statuer avant la nomination des autres membres désormais prévus.

Le Gabon a connu, lui aussi, une série de révisions constitutionnelles depuis la Constitution du 26 mars 1991 caractérisée par l'instauration du quinquennat, la limite à une seule réélection du président de la république et l'institution d'un âge maximal de 70 ans pour devenir président. Par la suite ont suivi une succession de révisions notamment celle du 18 mars 1994 portant création du sénat, la deuxième révision du 29 septembre 1995 pour la ratification des « accords de Paris » conclus en septembre 1994 par le pouvoir et l'opposition⁴⁸, la troisième révision du 22 avril 1997 portait création du poste de vice-président et suppression du quinquennat et restauration du septennat, la quatrième révision en date du 19 août 2003 supprime l'élection présidentielle à deux tours et la limitation des mandats présidentiels à deux fois. Les deux dernières révisions sont celle du 12 janvier 2011⁴⁹ et de du 10 janvier 2018. Ces différentes révisions ont été faites par le parlement conformément à la Constitution. Mais plus cocace a été la révision constitutionnelle opérée par la Cour constitutionnelle le 14 novembre 2018 et qui a ajouté un alinéa à l'article 13 de la constitution⁵⁰. Elle a, par ailleurs, usé et abusé de son pouvoir

48 Ces accords visaient à faire du Gabon un « véritable État de droit en prévoyant entre autres :

- la révision du code électoral ;
- la mise en place d'une commission nationale électorale afin de garantir « des élections transparentes
- la transformation de la «Garde présidentielle» en une «Garde républicaine».

49 Les Gabonais ne résidant pas au Gabon depuis 12 mois, et ceux, du fait d'une double nationalité, ayant eu des responsabilités à l'étranger dans l'administration et la politique, ne peuvent être candidats à l'élection présidentielle.

50 En l'absence du président Ali Bongo Ondimba hospitalisé le 24 octobre 2018 à l'hôpital King Faisal de Riyad suite à un AVC, puis transféré au Maroc, la Cour Constitutionnelle, plus haute juridiction du pays, présidée depuis 1991 par Marie-Madeleine Mborantsuo, dans une décision inédite et contestée par l'opposition, autorise Pierre-Claver Maganga Moussavou, vice-président de la République, à présider un Conseil des ministres. Pour se faire, estimant que l'article 13 de la Constitution comporte « une lacune qu'il convient de combler », la Cour Constitutionnelle ajoute un alinéa audit article, disposant qu'« en cas d'indisponibilité temporaire du Président de la République pour quelque cause que ce soit, certaines fonctions [...] peuvent être exercées, selon le cas, soit par le Vice-président de la République, soit par le Premier ministre, sur autorisation spéciale de la Cour constitutionnelle ».

d'interprétation pour se substituer au constituant⁵¹. Cette situation particulière est révélatrice du constitutionnalisme africain⁵² qui donne aussi bien à la question des révisions constitutionnelles qu'au changement de constitution une tournure particulière.

2- Changer de constitution : une voie radicale

Si la voie de la révision constitutionnelle est la plus usitée, certains pays optent pour un changement radical de constitution. C'est l'opération qui vise à passer d'un texte fondamental à un

51 Selon **Stéphane Bolle** « La Constitution du Gabon, ce n'est pas seulement un texte ; c'est aussi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Une jurisprudence constituante. La Cour constitutionnelle du Gabon vient de le confirmer avec sa très audacieuse DECISION N°022 / CC du 30 avril 2018 relative à la requête présentée par le premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la constitution.

La Cour, dotée du pouvoir d'interpréter la Constitution (Constitution du 26 mars 1991, art. 88) en cas de doute et de lacune (Loi organique n°9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 60), a décidé que les « articles 4, 34 et 36 de la Constitution ... présentent des lacunes qu'il convient de combler en complétant lesdits articles par (des) dispositions » énoncées par elle. La Cour constitutionnelle du Gabon a donc fait œuvre constituante pour solutionner la crise née de la non-organisation des élections législatives dans le délai constitutionnel – la douzième législature de l'Assemblée nationale ayant normalement pris fin le 27 février 2017-, en violation de ses propres décisions de report pour cause de force majeure - n°064/CC du 22 novembre 2016 et n°020/CC du 11 juillet 2017.

Ce « coup d'éclat jurisprudentiel » n'est pas sans précédent. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle avait déjà édicté, par décision n° 006/CC du 12 novembre 1999, une « Constitution financière de substitution ».

Cependant, avec la « Constitution jurisprudentielle du 30 avril 2018 », la Cour bouscule la Constitution politique du Gabon. L'application immédiate des règles prétoriques a eu pour effets de mettre fin à la douzième législature de l'Assemblée nationale, élue au suffrage universel direct ; de confier tout le pouvoir législatif – à l'exclusion de la mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement et de la révision de la Constitution - au Sénat, élu au suffrage universel indirect ; et de provoquer la cessation des fonctions du Gouvernement défaillant.

Constituante d'exception, la Cour constitutionnelle du Gabon s'est donc aussi substitué au Président de la République – seul détenteur du droit de dissolution de l'Assemblée nationale (Constitution du 26 mars 1991, art. 19) et du pouvoir de révocation du Gouvernement (Constitution du 26 mars 1991, art. 15) -, en se prévalant de sa qualité d'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics (Constitution du 26 mars 1991, art. 83) ... à la demande du Premier ministre requérant.

<http://www.la-constitution-en-afrique.org/>

52 **Th. HOLO**, « Emergence de la justice constitutionnelle » in *La Démocratie en Afrique, Pouvoirs* n°29, Seuil, 2009, pp. 101-114.

autre. La formule n'est pas exclusive à une opération constituante puisqu'elle est aussi utilisée pour désigner les révisions constitutionnelles qui procèdent non seulement à des procédures de révision établies dans la constitution mais aussi aux nouvelles orientations apportées par ce fait dans un régime politique donné. Benjamin CONSTANT relève à cet égard que : « Quand, pour faire un changement à la constitution, il faut un changement de constitution, la secousse est trop forte et, dans cette secousse, la modification de quelques formes devient trop souvent la violation de tous les principes. »⁵³. Quant à MONTESQUIEU, il utilise la notion de changement pour désigner la révision constitutionnelle⁵⁴. Enfin, CARRE DE MALBERG, note que « les changements de constitution peuvent se produire dans deux ordres bien différents de circonstances »⁵⁵. Ainsi, « changer de constitution » se distingue-t-il de « changer la constitution ». Lorsque le changement de constitution est mineur, on parle de révision de la constitution mais lorsqu'il est majeur, on est alors dans un véritable changement de constitution. L'expression « changement » peut s'appliquer au régime politique même. Il peut aussi s'agir d'un changement dans le régime ou alors d'un changement de régime⁵⁶. C'est cette dernière assertion que nous retenons parce que nous envisageons d'évoquer les changements de constitution qui ont entraîné soit un bouleversement total du

53 **B. CONSTANT**, *Cours de politique constitutionnelle*, 2e édition, 1879, tome I, p. 268. Cité par **G. BURDEAU**, *Traité de Science politique*, tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. p. 235.

54 **Ch. de MONTESQUIEU**, « Comment le plus petit changement dans la constitution entraîne la ruine des principes » V. *L'esprit des lois*, Livre VIII, Chapitre 14.

55 **R. CARRE DE MALBERG**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1922. pp. 495 et sv.

56 **A. ROUQUIE**, « Changement politique et transformation des régimes », In **M. GRAWITZ et J. LECA**, *Traité de science politique*, volume 2 : Les régimes politiques contemporains. Paris, Presses Universitaires de France, 1985. pp. 599 et sv.

régime établi soit un changement de constitution comme c'est le cas actuellement en Côte d'Ivoire.

La dernière révision de la Constitution de Côte d'Ivoire du 8 novembre 2016 fondant la troisième république⁵⁷ date du 17 mars 2020⁵⁸. Ce texte a procédé à une réforme de fond modifiant vingt-six (26) articles et le chapitre 4 du titre IX de celui-ci⁵⁹. En réalité, il s'agit d'une nouvelle constitution qui aurait dû être approuvée par référendum et non d'une simple révision constitutionnelle. C'est exactement le type de révision de constitution qui procède à un véritable changement de constitution par le canal de la procédure de révision.

Il en est de même au Rwanda où, en 2015, les rwandais ont voté massivement en faveur d'une révision de la Constitution permettant à Paul KAGAME de se présenter pour un nouveau mandat en 2017 et de diriger potentiellement le pays jusqu'en 2034. Mais tel n'est pas le cas en Guinée Conakry.

57 Loi constitutionnelle n°2020-348 du 19 mars 2020 modifiant la loi n°2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

58 L'histoire constitutionnelle de la Côte d'Ivoire commence en 1959, avec une première Constitution ivoirienne adoptée le 26 mars 1959. Après l'indépendance, il fallut créer une 2^e constitution qui institua le 3 novembre 1960 la Première République. Cette constitution a été révisée plusieurs fois. Après le putsch militaire de 1999, la constitution de la Deuxième République a été adoptée par référendum le 23 juillet 2000.

59 Agence Ecofin, « Côte d'Ivoire : le Parlement adopte une révision de la Constitution » [archive], sur Agence Ecofin, 17 mars 2020. Ces articles concernent effectivement tous les pouvoirs : l'exécutif, le législatif et le pouvoir judiciaire notamment :

- L'institution d'un vice-président qui ne sera pas élu en même temps que le chef de l'État, mais nommé par celui-ci avec l'accord du parlement.
- En cas d'impossibilité d'organiser des élections parlementaires, le parlement sortant restera en fonction jusqu'à l'organisation de nouvelles élections.
- La Cour suprême est supprimée, et le pouvoir judiciaire est représenté par la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour des comptes

En effet, par référendum en date 22 mars 2020, les guinéens se sont prononcés sur le texte d'une nouvelle constitution⁶⁰ promulguée le 26 avril 2019 en remplacement de celle adoptée dix ans plus tôt⁶¹. C'est là un véritable changement de constitution. C'est le cas également en république du Congo où une nouvelle constitution a été adoptée lors d'un référendum controversé en 2015, faisant sauter les verrous qui interdisaient de briguer un troisième mandat, la limite d'âge et celle du nombre des mandats.

Au total, qu'il s'agisse de changement de constitution ou de révision de la constitution, les deux techniques, dans le contexte africain, constituent « un procédé par lequel la lettre des textes est respectée, tandis que l'esprit de l'institution est renié »⁶² pour des objectifs politiques.

B- Une loi fondamentale déconsolidée pour des objectifs politiques

Le renouveau constitutionnel apparu au début des années 1990 a été salué par la doctrine en ce qu'il correspondait à l'idée du constitutionnalisme libéral. Mais, certains auteurs en avaient

60 Ses principaux points concernent le renforcement du régime présidentiel déjà en vigueur, dont notamment le nombre et la durée des mandats du président de la république. Une révision constitutionnelle visant à modifier ces deux derniers éléments était explicitement interdite par la constitution de 2010 (La disposition de l'article 27 de la constitution de 2010, qui énonçait « En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels, consécutifs ou non. » est supprimée), ce que le vote d'une constitution différente permet de contourner. La constitution conserve un régime présidentiel avec un pouvoir exécutif fort en la personne du président de la république, élu au scrutin uninominal majoritaire à deux tours, qui nomme et met fin aux fonctions du Premier ministre, dispose du droit de grâce, conduit la politique extérieure de l'État et est le Chef suprême des armées. Le nouveau texte constitutionnel élargit cependant son pouvoir de nomination et de renvoi à l'ensemble des ministres, et retire au Premier ministre le pouvoir de présider les conseils et réunions interministériels.

61 **J.-P. Maury**, *République de Guinée, Constitution du 7 mai 2010*, Digithèque.

62 **G. Liet-Veaux** : « La fraude à la constitution : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *RDJ*, 1943, pp. 116-150.

déjà douté⁶³ et l'histoire leur donne raison. En effet, la nouvelle vague de constitutionnalisme qui a cours depuis quelques années, se caractérise par une sorte de banalisation de la constitution. Les trois piliers du constitutionnalisme libéral sont la séparation des pouvoirs, le respect des droits fondamentaux et la garantie de respect de la constitution par une juridiction autonome. Mais les changements de constitution, partout ailleurs en Afrique noire francophone, remettent en cause ces fondamentaux du constitutionnalisme libéral en privilégiant la volonté des gouvernants (1) au mépris de la volonté des peuples (2) notamment ses droits et libertés.

1- La primauté de la volonté des gouvernants

Le renouveau constitutionnel du début des années 1990 a marqué le temps de la dépersonnalisation du pouvoir par l'admission d'un statut du pouvoir avec des dispositions constitutionnelles libérales traduisant ainsi une idée de droit devant limiter effectivement l'absolutisme du pouvoir et garantir les libertés individuelles. Georges BURDEAU n'affirmait-il pas que « la forme étatique apporte au pouvoir sa soumission à des règles qui l'empêchent d'être à la discrétion de ceux qui l'exercent »⁶⁴. Dans cette dynamique, le renouveau constitutionnel du début des années 1990 en Afrique noire francophone a été conforme à l'esprit du constitutionnalisme libéral et l'évolution des mentalités allait aussi dans le même sens notamment l'admission de la fin des

63 **Th. Holo** : « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », RBSJA, n° 16, 2006, pp. 17-41., **A. Cabanis et M. L. Martin** : « La pérennisation du Chef de l'Etat : l'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, préc. pp. 349-380.

64 **G. BURDEAU**, *Traité de science politique*, tome III, le statut du pouvoir dans l'Etat, RDIP 1950, 2-2, pp.374 à 375.

institutions de type monocratique qui assuraient la domination d'un parti ou d'un homme sur l'ensemble des acteurs et institutions politiques.

Mais très vite, ce constitutionnalisme libéral est apparu comme une illusion. Dès l'entame des seconds mandats présidentiels dans ces pays, les vieux démons ont repris le dessus. Nombreux sont les dirigeants africains qui ont eu recours aux voies constitutionnelles pour travestir la philosophie des constitutions libérales tout en respectant la forme régulièrement prévue par le texte lui-même. Ainsi, la révision constitutionnelle avait-elle conduit à une nouvelle écriture de la constitution⁶⁵. Presque tous les pays d'Afrique noire francophone y ont procédé de manière identique. Entre autres exemples, nous pouvons citer le cas emblématique du Burkina Faso où la Constitution de 1991 a été amendée quatre fois⁶⁶ en moins de dix années.

La caractéristique principale de ces différents changements de constitution est la remise sur orbite de la fonction présidentielle⁶⁷. L'institutionnalisation d'un exécutif fort réapparaît dans le constitutionnel africain⁶⁸. Les changements constitutionnels révèlent, dans leur modus operandi, des stratégies de conservation du pouvoir.

65 V. M. KAMTO : « Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelle constitution », *Lex Lata*, n° 023-024, février-mars 1996, pp. 17-20.

66 En 1997, en 2000, en 2000 et en 2002. Ces différents amendements portent essentiellement sur la limitation du mandat présidentiel. L'amendement a été effectif lors des élections de 2005, mais comme Blaise Compaoré était le président en exercice en 2000, l'amendement ne s'est appliqué à lui qu'à la fin de son second mandat, ce qui lui a permis de se représenter au scrutin de 2005.

67 V. J.-L. Atangana Amougou, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *AJP*, n° 2, Juillet 2006, pp. 44-84 ; S. Bollo, « Les révisions dangereuses. Sur l'insécurité constitutionnelle en Afrique », in P. M. Mabaka, (dir.), *Constitution et risque (s)*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 251-269.

68 M. Abdou-salami, « La révision constitutionnelle du 31 décembre 2002 : une revanche sur la conférence nationale de 1991 », *RBSJA*, n° 19, décembre 2007, pp. 53-94.

Si le propre de toute constitution est de prévoir les procédures de sa propre révision⁶⁹, l'utilisation du droit d'amendement de la constitution pour lever une limite imposée par celle-ci est un des moyens utilisés par les gouvernants en Afrique à des fins subjectives. En effet, l'usage du procédé de révision de la constitution⁷⁰ n'est toujours pas, dans le contexte africain, destiné à assurer son adaptation permanente à l'évolution du temps. Elle tend plutôt à la dévoyer. Il s'agit donc d'une utilisation malveillante des procédures de révision de la constitution. Ce détournement de la procédure de révision prospère malheureusement dans de nombreux pays africains⁷¹ et s'apparente à une instrumentalisation susceptible de déboucher sur la fraude à la constitution⁷². Cette dernière est assimilée à la fraude à la loi selon le Professeur LIET-VEAUX qui la définit comme un acte régulier en soi, accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou presque prohibitive et qui, pour cette raison est frappée d'inefficacité⁷³. On pourrait donc dire, sans se tromper, que ces changements de constitution sont destinés à servir la cause privée de ses initiateurs. Et, c'est à ce stade qu'apparaît aussi le caractère servile de la représentation nationale.

En effet, les représentations nationales (Assemblée nationale et/ou Sénat) sont, le plus souvent, les bras juridiques de ces manipulations constitutionnelles. Dans la plupart des cas, c'est la représentation nationale qui est sollicitée pour mener à bien l'opération. Il en est

69 Article 28 de la déclaration française des droits de 1793.

70 **J. Waline** « Les révisions de la constitution de 1958 », *In Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, préc. p. 235.

71 Depuis 2000, onze chefs d'Etat africains ont changé leur Constitution pour rester au pouvoir souvent pour deux raisons : Age limite, nombre de mandats.

72 **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, 2008, p. 430.

73 **G. LIET-VEAUX**, « La fraude à la constitution : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *RDP*, 1943, p. 116-150.

ainsi, entre autres, du Burkina Faso⁷⁴, du Cameroun⁷⁵, de la Côte d'Ivoire⁷⁶, du Gabon⁷⁷ ou encore du Togo⁷⁸. Dans ces différents pays, tous les changements de constitution trouvent leur origine dans des initiatives parlementaires. Ces dernières ont toujours porté sur elles les initiatives de révisions de la constitution qui annoncent le réveil, à nouveau, du présidentielisme autoritaire du président sortant ou de son clan⁷⁹.

Ailleurs, l'on procède à un véritable changement de la Constitution par voie référendaire. C'est le cas par exemple de la Guinée Conakry⁸⁰, de la république du Congo⁸¹ ou encore du Tchad⁸².

74 Cf. supra.

75 Paul Biya devient président en 1982. Candidat unique, il est réélu aux scrutins de 1984 et 1988. Il remporte également la première élection à laquelle participent plusieurs partis en 1992 puis est réélu en 1997 et en 2004. Selon la Constitution de 1996, le président ne peut cumuler que deux mandats. Mais l'Assemblée nationale a supprimé toute limitation du nombre de mandats en 2008, permettant ainsi au président Paul Biya de se représenter autant de fois qu'il le veut. Ce fut le cas en 2011 et 2019.

76 Le 18 mars 2020, le Sénat et l'Assemblée nationale réunis en Congrès ont voté par 246 voix pour et 2 contre la révision constitutionnelle proposée par le président de la République, Alassane Ouattara, et critiquée par l'opposition. La majorité au deux-tiers des 344 députés et sénateurs était nécessaire pour que la révision soit adoptée.

77 Réunis en congrès extraordinaire le 10 janvier 2018, l'Assemblée nationale et le Sénat gabonais ont adopté le projet de loi sur la révision de la Constitution. Le texte a été adopté à 197 voix pour, 14 contre et deux abstentions. Ce projet de révision de la Constitution avait tour à tour précédemment adopté le document en y ajoutant des amendements, sont composées en quasi-totalité des membres du parti au pouvoir (Parti démocratique gabonais, PDG).

78 En décembre 2002, un amendement à la Constitution a fait disparaître la limite de deux mandats présidentiels, permettant à Gnassingbé Eyadéma, au pouvoir depuis 1967, de briguer un nouveau mandat en 2003. En 2015, son fils, Faure Gnassingbé, qui lui avait succédé après son décès en 2005, a été réélu pour un quatrième mandat.

79 A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », Revue électronique *Afrilex*, n° 03, 2003, p. 163.

80 Le référendum constitutionnel guinéen de 2020 a lieu le 22 mars 2020 en Guinée afin que la population se prononce sur l'adoption d'une nouvelle constitution proposée par le président Alpha Condé. La constitution est promulguée le 7 avril 2020

81 Une nouvelle Constitution adoptée lors d'un référendum controversé en 2015 a fait sauter les verrous qui interdisaient à Denis Sassou-Nguesso de briguer un troisième mandat : la limite d'âge et celle du nombre des mandats. Il a été réélu en mars 2016.

82 L'Assemblée nationale a voté le projet de Constitution par 132 voix pour, 2 contre, lundi 30 avril 2018, établissant une nouvelle Constitution qui instaure un régime présidentiel par un renforcement des pouvoirs du président Idriss Déby.

A de rares exceptions⁸³, les changements de constitution ne s'inscrivent point dans le renforcement de l'Etat de droit mais plutôt dans une logique de consolidation voire de domination de l'exécutif, niant ainsi la séparation des pouvoirs qui caractérise le constitutionnalisme libéral. Aussi, relève le Professeur Babacar KANTE, les révisions conduisent à considérer que les constitutions africaines ont pour but principal « de renforcer la position du chef de l'exécutif de sorte que leur fonction n'est pas, selon la tradition rappelée par tous les constitutionnalistes, de limiter le pouvoir par le droit, mais au contraire, de le fortifier »⁸⁴. Les changements de constitution, dans tous les cas, portent sur la durée du mandat présidentiel et plus particulièrement sur la révision des clauses constitutionnelles de limitation des mandats et enfin, des fois aussi, sur les conditions d'éligibilité du Chef de l'Etat, attestant ainsi de la volonté de pérennisation au pouvoir. De cette logique résulte la négation de la volonté des gouvernés.

2- La négation de la volonté des gouvernés

La démocratie, au sens étymologique du mot, désigne le gouvernement par le peuple. A cet égard, Jacques CHEVALLIER souligne bien que « la source de tout pouvoir, le fondement de toute autorité réside dans la collectivité des citoyens : il n'y a de pouvoir légitime qu'émanant du peuple »⁸⁵. L'idéal démocratique est né du rejet de la loi du plus fort et de la hiérarchie sociale au

83 Loi constitutionnelle n°2012-16 du 28 septembre 2012 portant révision de la Constitution. (Le Président Macky SALL a été l'initiateur en septembre 2012 de cette révision correspondant à une demande de l'opinion publique majoritaire qui a toujours considéré la seconde chambre du Parlement comme une institution budgétivore destinée à « caser » la clientèle politique)

84 B. KANTE, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs*, Paris, Montchrestien, 2008, pp. 265-276 ; A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *afrilex* 2013.

85 J. CHEVALLIER, « la crise de la démocratie : mythe ou réalité ? » In *Mélanges Jeanneau (Benoit), les mutations contemporaines du droit public* – Dalloz, Paris, pp. 361-381.

profit des principes d'égalité et de liberté. Ainsi, la démocratie se reconnaît-elle à certains principes essentiels⁸⁶ et à un ensemble d'institutions et de pratiques⁸⁷ par lesquels passe la réalisation de ces principes. Son point de départ, comme celui des droits de l'homme, est le respect de la dignité de la personne humaine.

La démocratie est donc le droit des citoyens d'être partie prenante aux décisions qui ont une incidence sur leur vie, droit qui est le même pour tous et un ensemble d'autres droits pour que ce droit politique fondamental soit une réalité. Ce sont essentiellement les droits et libertés d'expression⁸⁸, d'association⁸⁹ et de réunion⁹⁰. Aucun de ces droits ne saurait être véritablement exercé en l'absence de liberté, de sécurité et de l'égalité. La démocratie est donc inséparable des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine et du devoir de respecter ces mêmes droits et libertés pour les autres. Ainsi, la constitution, c'est l'acte fondamental de l'État qui garantit les droits et libertés des citoyens, une véritable charte des droits et libertés des citoyens.

Mais force est de constater que, dans le contexte africain, la constitution formelle s'est éloignée de la constitution matérielle donnant ainsi raison à Michel TROPER qui relève que « chaque type de constitution est ainsi censé correspondre à un certain type d'attribution, d'exercice et de fonctionnement du pouvoir politique... Pourtant, cette conception de la constitution ne va

86 La démocratie a pour principes fondamentaux le droit du peuple d'influer sur les décisions publiques et de contrôler les décideurs, et l'obligation de traiter toutes les personnes avec le même respect et de leur attacher la même valeur dans la prise de ces décisions.

87 Élections, partis, parlements, séparation des pouvoirs, légalité, etc

88 Le droit d'exprimer librement son opinion suppose l'existence de médias indépendants et de lois qui préviennent les concentrations abusives de médias entre les mains d'un seul propriétaire.

89 La liberté d'association inclut le droit de créer des associations à des fins économiques, sociales et culturelles, y compris des partis politiques.

90 Le droit de réunion pacifique suppose la libre circulation à l'intérieur des pays et entre eux.

pas sans problèmes car, en réalité, rien ne garantit que les règles énoncées dans le texte constitutionnel seront effectivement appliquées ... »⁹¹. Dans la plupart des pays africains, les constitutions au sens formel étaient de véritables chartes de droits et de libertés. Le Professeur DEGNI-SEGUI soulignait à cet effet que : « La plupart des lois fondamentales consacrent en effet un titre entier à une déclaration des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ceux-ci sont d'autant plus importants qu'ils sont portés par le titre II, voire le titre premier »⁹². Mais à l'épreuve des faits et du temps, ces véritables chartes de droits et libertés sont vidées de leur contenu. La liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association sont les plus malmenées.

La liberté de manifester est un droit fondamental et primordial en démocratie, mais elle est mise à rude épreuve dans presque tous ces pays. On ne peut plus dénombrer les manifestations réprimées dans le sang sur le continent. Nous en voulons pour preuve les dernières manifestations politiques en Côte d'Ivoire contre le troisième mandat du président sortant Alassane OUATTARA. Alors que le journal burkinabè « *L'Observateur Paalga* »⁹³ s'interrogeait sur l'exercice de la liberté d'expression en Côte d'Ivoire, un autre journal ivoirien⁹⁴ titrait que « le sang à commencer par couler », faisant ainsi référence aux manifestations réprimées dans le sang

91 M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*. P.U.F. - Léviathan 2001, p. 147.

92 R. DEGNI-SEGUI, *Les droits de l'Homme en Afrique noire francophone (Théories et réalisés)* – Abidjan – 1992 – p. 20.

93 *L'Observateur Paalga*, « la grande question qui est sur toutes les lèvres est de savoir quelle attitude les autorités ivoiriennes auront envers ou contre cette manifestation qui ne sera sans doute pas la dernière. Ouattara adoptera-t-il un profil de bon prince en laissant la rue s'exprimer... ou bien jouera-t-il la carte de la fermeté contre ceux qui veulent l'empêcher de briguer un troisième mandat ? De la réponse à cette question dépendra l'avenir politique d'un pays qui n'a pas encore fini de solder les comptes de la grave crise postélectorale de 2011. »

94 *Fraternité Matin*, 13 août 2020.

En Guinée Conakry, depuis environ trois années, cette liberté est sérieusement menacée bien qu'elle soit inscrite à l'article 10 de la constitution du 7 mai 2010⁹⁵. En juillet 2018, le gouvernement a imposé, de façon informelle⁹⁶, une interdiction générale de manifester⁹⁷ dans le pays, invoquant les risques à la sécurité publique⁹⁸. « *Les manifestations sont interdites pour le moment dans tout le pays* », avait affirmé Souleymane KEITA, conseiller du président Alpha CONDE et chargé de communication du Rassemblement du Peuple de Guinée (RPG)⁹⁹. L'interdiction de la liberté de manifester va, très souvent, de pair avec celle de réunion.

Le cas le plus emblématique de cette double interdiction est offert par la loi togolaise du 08 août 2019 portant modification de celle n° 2011-010 du 16 mai 2011 relative à la liberté de manifestation publique et la liberté de réunion. En effet, l'Assemblée nationale du Togo a adopté, à l'unanimité des députés présents, le 07 août 2019 le projet de loi modifiant la loi n° 2011-010 du 16 mai 2011 fixant les conditions d'exercice de la liberté de réunion et de

95 « *Tous les citoyens ont le droit de manifestation et de cortège* ».

96 La liberté de manifester est un droit fondamental garanti par les dispositions de l'article 10 de la constitution de la Guinée Conakry mais dont l'exercice est soumis à autorisation. Nombres de manifestations qui se sont tenues depuis l'arrivée du président Alpha Condé au pouvoir ont abouti à des violences entre les membres des forces de sécurité et les manifestants, ou entre des partisans du gouvernement et des opposants. Des dizaines de manifestants et deux agents des forces de l'ordre ont été tués en 2012-2013, avant les élections législatives. Au moins douze personnes ont été tuées, et un grand nombre blessé, avant et après l'élection présidentielle de 2015. Depuis que Condé est arrivé au pouvoir en 2010, des dizaines de manifestants ont été abattus par les forces de sécurité, et plusieurs agents de police et de gendarmerie ont été tués par des manifestants violents.

97 Human Rights Watch Guinée : Répression du droit de manifester ; Les droits de l'opposition sont menacés alors que le président réfléchit à un troisième mandat controversé.

98 *Une manifestation ne peut être interdite que si elle constitue une menace pour l'ordre public. Ce motif d'interdiction est le seul admis, une manifestation ne pouvant pas être interdite pour un motif autre que le risque d'atteinte à l'ordre public. V. Aurélie Duffy-Meuner et Thomas Perroud, La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé. Colloque international, Université Aix Marseilles, faculté de droit et de science politique, mars 2016, p.37.*

99 Idem

manifestation pacifiques publiques. Dix (10) articles de l'ancienne loi sont modifiés¹⁰⁰ et deux (2) nouveaux, relatifs aux axes et aux zones exclues de manifestation, sont introduits. Et ce sont surtout ces deux nouveaux articles qui ont profondément modifié le contenu du nouveau texte. « Les réunions ou les manifestations pacifiques sur la voie publique et dans les lieux publics ne peuvent se tenir avant 11h00 et au-delà de 18h00 »¹⁰¹. La loi restreint également, sévèrement, les lieux publics où peuvent être organisées des manifestations et le nombre de manifestations organisées par semaine dans une ville pourra être limité par l'autorité administrative compétente de même que les horaires des réunions sur les voies et lieux publics. Par ailleurs, « Pour des raisons stratégiques, économiques et sécuritaires, toutes les manifestations sont interdites sur certains axes et zones notamment toutes les routes nationales, les axes et zones où se déroulent de fortes activités économiques, dans les centres urbains, les axes et zones proches des institutions de la République, les axes et zones proches des chancelleries et résidences des ambassadeurs et représentants d'organisations internationales et les axes et zones proches des camps militaires et des camps de service de sécurité »¹⁰².

100 Les modifications du présent projet de loi portent sur les articles 3, 6, 9, 10, 12, 13, 17, 19, 20 et 21 avec la création de deux nouveaux articles relatifs aux axes et aux zones exclues des manifestations.

101 Article 17 : « Les réunions ou les manifestations pacifiques sur la voie publique et dans les lieux publics ne peuvent se tenir avant onze (11) heures et au-delà de dix-huit (18) heures ».

102 Article 9 : « Dans le cadre des réunions ou manifestations pacifiques publiques, l'itinéraire comporte un seul point de départ, un seul tronçon de route et un seul point de chute.

Pour des raisons stratégiques, économiques et sécuritaires :

Les manifestations sont interdites sur certains axes et zones notamment :

- toutes les routes nationales
- les axes et zones où se déroulent de fortes activités économiques, dans les centres urbains ;
- les axes et zones proches des Institutions de la République ;
- les axes et zones proches des chancelleries et résidences des ambassadeurs et représentants d'organisations internationales ;
- les axes et zones proches des camps militaires et des camps de service de sécurité.

Le nombre de manifestations organisées par semaine dans une ville peut être limité par l'autorité administrative compétente en fonction de la disponibilité des forces de sécurité et de l'ordre devant être affectées à l'encadrement des dites manifestations.

Il convient de souligner que si les autorités togolaises ont manifesté une certaine satisfaction¹⁰³ au regard de cette modification, ce n'est pas le cas des institutions de défense des droits de l'homme. Quatre rapporteurs spéciaux des Nations Unies¹⁰⁴ ainsi que certaines organisations de la société civile togolaise ont interpellé les autorités togolaises après la modification de ladite loi¹⁰⁵. Tous s'accordent sur le fait que les dernières modifications ont vidé de leur substance ces deux libertés essentielles au bon fonctionnement d'une démocratie. Si on ajoute à ces fortes limitations leurs conséquences qu'est la restriction de la liberté d'expression, c'est tout l'édifice de l'Etat de droit qui semble s'écroulé.

II-LA CONSTITUTION, SYMBOLE DE LA NEGATION DE L'ETAT DE DROIT

Ce qui distingue l'Etat de droit des autres expressions juridiques de l'Etat, c'est qu'un Etat de droit signifie que les pouvoirs publics doivent exercer leurs fonctions selon les balises définies par un

103 Le ministre de la sécurité et de la protection civile, Yark Damehane, qui s'est exprimé à l'issue du vote a affirmé que « cette adoption permettra au gouvernement de renforcer l'arsenal sécuritaire déjà existant afin de mieux assurer la sécurité des concitoyens et de leurs biens ».

104 Il s'agit du rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; du rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association ; du rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme et de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste.

105 Dans un courrier adressé au chef de l'Etat le 11 septembre 2019, les quatre rapporteurs soulignent le caractère restrictif des modifications apportées à la loi dite « Bodjona », restrictions qui, selon eux, ôtent à la liberté de manifestation son essence.

« Dans certaines circonstances, les droits à la liberté d'expression et de la réunion pacifique peuvent être restreints. Néanmoins, les restrictions, étant l'exception, ne peuvent pas compromettre le droit lui-même, c'est-à-dire la norme (CCPR/C/GC/34 par. 21) », estiment-ils. « Nous sommes particulièrement préoccupés par la généralité des restrictions du projet de loi. Nous rappelons que toute restriction légale doit être libellée avec suffisamment de précision pour permettre à un individu d'adapter son comportement en fonction de la règle et elle devrait avoir comme objet ultime de faciliter l'exercice des droits autant que possible », ajoutent les rapporteurs qui recommandent au gouvernement togolais de demander une nouvelle délibération de la loi, ou de certains articles, comme prévu par l'article 67 de la Constitution.

ensemble de normes juridiques qui prémunissent les citoyens contre les formes arbitraires du pouvoir (exécutif). Pour qu'un État de droit existe, il faut que les obligations qui émanent de l'État soient officielles, impersonnelles, impératives et sanctionnables. Ces obligations sont regroupées dans un texte ; la constitution. Mais la dénomination à elle seule ne suffit pas pour caractériser l'État de droit. Encore faut-il que la pratique le révèle. Dans le cas contraire, on se retrouve dans un État légal¹⁰⁶. Quel est le sens de la frénésie révisionniste en Afrique noire francophone ? Certainement pas pour consolider l'État de droit mais au contraire pour le défaire. Il résulte des différents changements de constitution que cette dernière est devenue le droit de l'État (A) que les juridictions constitutionnelles s'emploient à protéger (B).

A- La constitution : le droit de l'État

L'État de droit est au cœur du constitutionnalisme libéral. Il suppose que le texte de la Constitution comporte un schéma bien précis qui va de la proclamation des droits fondamentaux à la garantie de ceux-ci en passant par la séparation des pouvoirs. Tous ces ingrédients se trouvent dans les différentes constitutions des pays d'Afrique noire francophone mais la pratique s'ingénue à les vider de leur substance. Aussi note-t-on une constance de la constitution formelle (1) caractérisée par une ineffectivité (2)

106 Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), Raymond CARRE de MALBERG distingue trois types d'États : l'État de police, l'État légal et l'État de droit (V. D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *Les Cahiers de droit*, vol. 35, n° 4, décembre 1994, p. 823-904). Si le premier « agit discrétionnairement, et applique aux citoyens les mesures qu'il juge utiles », et si le troisième, en revanche, subordonne la puissance publique (et donc la loi) à l'ordre juridique, l'État légal se caractérise fondamentalement comme soumis au principe de légalité et à la primauté de la loi (V. J.-M. FEVIER et P. CABANEL, *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, coll. « Amphi 7 : histoire », 2000, 456 p.). Marie-Joëlle REDOR interprète elle cette notion d'État légal comme un « État du règne de la loi ».

1- Une constitution formelle constamment proclamée

La permanence du constitutionnalisme en Afrique ne fait plus aucun doute. Toutefois, la question demeure de savoir de quel type de constitutionnalisme s'agit-il ? En effet, la plupart des pays africains sont dotés de constitution, non pas comme envisagée par ROUSSEAU¹⁰⁷, MONTESQUIEU¹⁰⁸, KELSEN¹⁰⁹ ou encore R. CARRE de MALBERG¹¹⁰. L'objectif du constitutionnalisme en Afrique noire francophone n'est pas la garantie de la liberté des citoyens. Le professeur F. WODIE, ne disait-il pas déjà en 1990 que « la constitution en Afrique se dévoile le paravent qui abrite le pouvoir personnel »¹¹¹. La constitution, dans le contexte africain et particulièrement en Afrique noire francophone, est la loi de l'Etat comme l'est le code de la personne et de la famille ou encore le code pénal. Il s'agit bel et bien d'une norme comme tous les autres textes juridiques. Les gouvernants africains n'inscrivent pas la constitution dans la théorie de l'Etat de droit mais dans la logique du droit de l'Etat. En ce sens la constitution n'a plus pour finalité la liberté des citoyens. LEWELLYN soulignait à cet égard, dans *The Bramble Busch*, que : « Ou bien les règles sont ce qu'elles seraient dans le paradis du formaliste...; ou bien, il n'existe pas de règles, mais seulement des décisions ou des types de comportement que l'on peut prédire »¹¹². Ces deux idées se retrouvent dans le constitutionnalisme en Afrique.

107 J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*.

108 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

109 HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. Dalloz 1962. Cité par J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 2^e éd. Montchrétien – Paris 1994, p. 44.

110 R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale du droit*, 2 tomes. Sirey. Paris 1920-1922.

111 F. WODIE, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique », *Penant*, juin-septembre 1990, p. 196.

112 Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, PFUSL, 1976. p. 171 et 172.

D'une part, la pratique de la constitution en Afrique c'est d'abord « des types de comportement que l'on peut prédire ». Ces types de comportement, c'est sans conteste le présidentielisme négro-africain¹¹³. Ils ont jalonné l'histoire politique du continent et donc ont traversé tous les cycles constitutionnels de telle sorte que les constitutions élaborées au début des années 1990, à quelques exceptions près¹¹⁴, apparaissent comme une parenthèse. Cet éternel recommencement se caractérise par la prépondérance de l'exécutif sur les autres pouvoirs et institutions. Louis DUBOUIS avait très tôt relevé ce phénomène en ces termes : « Le régime présidentiel africain dégénère en présidentielisme : tous les pouvoirs sont concentrés entre les mains du chef de l'Exécutif, le Président... »¹¹⁵.

Le trait dominant du constitutionnalisme en Afrique est le renforcement de « la position du chef de l'exécutif de sorte que leur fonction n'est pas, selon la tradition rappelée par tous les constitutionnalistes, de limiter le pouvoir par le droit, mais au

113 V. **R-G. SCHWARTZENBERG**, *Cours de Droit constitutionnel*, Paris 1969, p.384. Référence citée dans *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction d'Olivier DUHAMEL et d'Yves MÉNY, Paris, Dalloz, 2003, p.913. Celui-ci est donc issu d'une certaine dégénérescence du régime de référence, comme le précise du reste qui invite à bien distinguer le "régime présidentiel pur" que l'on voit fonctionner aux Etats-Unis et "régime présidentiel dégénéré" ou "présidentialisme" qu'on voit se développer en Amérique latine et en Afrique. V. **F. Moderne**. V. précisément « Les avatars du présidentielisme dans les États latino-américains », *Pouvoirs*, 2001, n° 98. V. **G. Conac** « Pour une théorie du présidentielisme. Quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains », in *Le Pouvoir: Mélanges Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 143 sq. V. aussi R. Moulin, *Le Présidentialisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978.

114 V. Décision de la Cour constitutionnelle du Bénin : DCC n° 06-074 du 08 juillet 2006 « Considérant que...si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle... »

115 L. DUBOUIS, « Le régime présidentiel dans les nouvelles Constitutions des États africains », *Penant*, N° 691, 1962, p. 222.

contraire, de le fortifier »¹¹⁶. Tous les changements de constitution ont eu un seul et même objet ; rétablir le leadership présidentiel. Même l'avènement d'une démocratie mondialisée fondée sur l'exigence universelle de la protection des droits fondamentaux¹¹⁷ n'a pas ébranlé longtemps les tenants d'un pouvoir personnel ou d'un présidentielisme fort.

Ainsi, la constitution formelle est-elle la ligne rouge qu'aucun pays n'a osé franchir depuis trois décennies. Quant à la constitution matérielle, son sort dépend de la volonté des gouvernants. Dans le contexte africain, seul est pris en compte le label de l'Etat de droit¹¹⁸ par une proclamation formelle des droits et libertés. Or, « l'État de droit repose sur toute une horlogerie constitutionnelle constituée de mécanismes de “poids et contrepoids“ (Checks and balances), de contrôle réciproque entre pouvoirs, destinés à éviter les abus résultant de la concentration, voire de la confusion des pouvoirs... »¹¹⁹. En conséquence, l'idée de l'Etat de droit qui sous-tend le constitutionnalisme libéral y fait cruellement défaut.

Les constitutions sont devenues, d'autre part, « le paradis du formaliste... ». Elles sont toujours invoquées par les gouvernants pour justifier la légalité de leurs actions. La constitution est donc devenue le droit de l'Etat et source de justification de toute

116 **P.-F. GONIDEK**, *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1974, tome II, p. 80

117 **V. P.-M. DUPUY**, *Les Grands Textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2008, 6^e éd., p. 29. Il est de la sorte écrit : « Le cosmopolitisme des Droits de l'homme justifie ainsi la création de juridictions supranationales, en surplomb de la justice constitutionnelle nationale [...] des organisations internationales entreprennent des actions coercitives en vue d'imposer sélectivement à certains États le respect des droits de l'homme. » **V. S. PIERRÉ-CAPS**, « Le droit constitutionnel entre universalisme et particularisme », *op. cit.*, p. 207.

118 **J. CHEVALLIER**, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2003. **M.-J. REDOR**, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1789-1914*, Paris, Economica, 1992. **M. TROPER**, « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n°15, 1992, p. 51.

119 **N. LUABALUMU**, « Renouveau constitutionnaliste, Etat de droit et communauté de droit en Afrique », *Revue Africaine des Droits de l'Homme*, 1998, p. 122.

légalité. Il ne s'agit donc pas d'un Etat de droit¹²⁰ mais d'un Etat légal¹²¹.

« ...l'État de droit manifeste beaucoup plus d'exigences à l'égard de l'ordonnement juridique qui doit être parfaitement rationnel. C'est l'une de ses dimensions fondamentales parce que la validité de chaque norme lui fournit sa légitimité. L'État de droit repose ainsi sur un ordre juridique rigoureusement hiérarchisé avec lequel il finit par se confondre tant la règle de droit y est sacralisée »¹²². En revanche, la notion d'État légal est selon Marie-Joëlle REDOR un « État du règne de la loi »¹²³. Dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone, la démocratie n'est pas fondée sur l'Etat de droit. La constitution est, comme partout ailleurs, la source et le fondement du pouvoir, elle définit les organes de gouvernement, aménage leurs rapports en termes de but et d'étendue des compétences des gouvernants et en fixe les limites mais ne comporte pas d'énoncé de normes qui s'imposent à tous, notamment aux titulaires du pouvoir. Elle énonce également les droits et libertés et détermine les organes qui en assurent formellement la garantie. C'est donc une sorte de pseudo État droit dans lequel l'autorité de l'exécutif règnerait sur l'ensemble des institutions et des citoyens et où les lois sont établies selon sa bonne volonté y compris la constitution. Le contenu de cette dernière s'apparente à de simples proclamations.

120 **M.-J. REDOR**, *De l'État légal à l'État de droit*, Economica, PUAM, 1992.

121 Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), Raymond Carré de Malberg distingue trois types d'États : l'État de police, l'État légal et l'État de droit. Si le premier « agit discrétionnairement, et applique aux citoyens les mesures qu'il juge utiles », et si le troisième, en revanche, subordonne la puissance publique (et donc la loi) à l'ordre juridique, l'État légal se caractérise fondamentalement comme soumis au principe de légalité et à la primauté de la loi.

122 **B. LUISIN**, « Le mythe de l'Etat de droit », « l'Etat de droit, rétrospectivement... », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, pp. 155 à182

123 Op. Cit.

2- Une constitution matérielle ineffective

« L'enjeu majeur pour la plupart des Etats africains, c'est d'éviter, dans une certaine mesure, d'être rangé dans le 'jurassic park' des sociétés politiques anachroniques ou dans un musée des curiosités et des monstruosité politiques »¹²⁴. Aussi, toutes les constitutions, réformées ou nouvelles s'inscrivaient-elles dans le modèle de constitution libérale fortement inspirées par le modèle occidental et en particulier du modèle français de la cinquième république¹²⁵. Cette dernière est considérée comme signe de modernité.

Les constitutions adoptées ici et là dans les années quatre-vingt-dix constituaient une nouvelle génération du constitutionnalisme libéral en Afrique, caractérisées par l'affirmation de l'adhésion des Etats aux principes de démocratie. Mais ces nouvelles constructions juridiques n'ont pas été soutenues par une application conséquente.

La problématique pour la plupart des présidents, c'est comment se maintenir au pouvoir en contournant les règles de limitation des mandats. Aussi, ont-ils engagé une fronde contre ce renouveau constitutionnel en deux étapes. D'une part, organiser des élections législatives massivement frauduleuses pour, d'autre part, ouvrir la porte aux réformes constitutionnelles. Ainsi, les élections législatives constituent-elles des marches pieds pour une modification de la constitution.

124 L. SINDJOUN, « Les nouvelles constitutions africaines et la politique internationale : contribution à une économie internationale des biens politico-constitutionnels », Afrique 2000, no. 21, avril-juin, p. 46. Cité par Buijtenhuijs et Thiriot, 1995, p. 46

125 C. THIRIOT, *Transitions politiques et changements constitutionnels en Afrique*, Actes de colloques de l'IFRI Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, pp. 29-49.

Par exemple au Togo, la dernière élection législative de 2018 a permis au parti au pouvoir d'engranger la presque totalité des sièges à l'assemblée nationale. L'Union pour la République (Unir) au pouvoir a conservé sa majorité absolue avec 59 sièges sur 91, 18 sièges sont revenus aux députés indépendants et quatre autres formations se sont partagés les quelques sièges restants¹²⁶. Ainsi, le 8 mai 2019, le gouvernement est-il parvenu à faire voter, à la quasi-unanimité des députés, une nouvelle révision de la constitution¹²⁷.

De même en Côte d'Ivoire, le Sénat et l'Assemblée nationale réunis en Congrès ont voté par 246 voix pour et 2 contre la révision constitutionnelle proposée par le président de la république, Alassane OUATTARA. La majorité de deux-tiers des 344 députés et sénateurs était nécessaire pour que la révision soit adoptée¹²⁸. Ce texte est promulgué sous la forme de loi constitutionnelle

126 Au vu de ces résultats, le taux de participation est de 59,25%. Le nombre total d'inscrits pour ce scrutin est de 3.155.837 et celui des votants est de 1.869.717. Le nombre total de suffrages exprimés est de 1.751.110 et celui des bulletins nuls est évalué à 118.607. Ces résultats définitifs proclamés, circonscription par circonscription, donnent à l'Union pour la République (UNIR) 59 sièges sur les 91 pourvus. Elle est suivie de l'Union des Forces de Changement (UFC) qui gagne 1 siège dans le Vo, portant ainsi, le nombre total de ses sièges à 7, au détriment du Mouvement Patriotique pour la Démocratie et le Développement (MPDD) qui perd un (1) siège et se retrouve avec deux (2) sièges. Les autres partis politiques, comme le Nouvel Engagement Togolais (NET) conserve ses 3 sièges, ainsi que le Parti Démocratique Panafricain (PDP) et le Mouvement des Républicains Centristes (MRC) avec 1 siège chacun. Les indépendants Cercle de Réflexion et d'Action pour le Développement (CRAD) a obtenu trois (3) sièges. BATIR et Avé en Marche ont respectivement obtenu 2 et 1. Duanevo et Aloledu-Vo ont remporté 2 sièges chacun comme AYSOPE. Pour le parti Construire, il s'en sort avec deux sièges. La Nouvelle Vision et Conscience Patriotique ont gagné chacune un (1) siège. Les indépendants remportent, en tout, 18 sièges.

127 Les 59 élus sur 99 du parti au pouvoir, initialement vu comme un semi échec car ne permettant pas à recueillir la majorité des quatre cinquièmes des sièges nécessaires à une modification constitutionnelle par seule voie parlementaire, le pouvoir et ses alliés, les élus indépendants et l'opposition douce parviennent à procéder à la révision de la Constitution qui est votée par 90 voix pour sur 91.

128 **A. SILVER KONAN**, Révision constitutionnelle en Côte d'Ivoire : ce que contient le texte soumis au Parlement ; 11 mars 2020 ; <https://www.jeuneafrique.com/908263/politique/revision-constitutionnelle-en-cote-divoire>

n°2020-348 du 19 mars 2020 modifiant la loi n°2016-886 du 08 novembre 2016 portant constitution de la *République de Côte d'Ivoire*¹²⁹.

Même le Bénin qui est une figure emblématique du constitutionnalisme libéral en Afrique noire francophone n'a pas échappé à cette frénésie révisionniste. En effet, le 1^{er} novembre 2019, une profonde réforme constitutionnelle a été opérée par l'Assemblée nationale issue des élections législatives où aucun parti de l'opposition n'a pu participer¹³⁰. Les députés ont, par la suite voté à l'unanimité¹³¹ la modification de la constitution le 1er novembre 2019 puis le nouveau texte a été validé le 6 novembre 2019 par la Cour constitutionnelle et aussitôt promulgué le lendemain.

D'une manière générale, depuis l'an 2000, l'Afrique a enregistré plus d'une dizaine d'initiatives parlementaires de changement de la constitution pour le maintien de chefs d'Etat en fin de mandat au pouvoir¹³². Certes, « Une constitution ça se révisé ! »¹³³,

129 Communiqué la présidence de la Côte d'Ivoire du 19 mars 2020.

130 Sept formations sont pré-sélectionnées fin février 2019 : l'Union progressiste (UP), le Bloc républicain (BR), le Parti du renouveau démocratique (PRD), le Mouvement des élites engagées pour l'émancipation du Bénin (Moele-Bénin), la Force cauri pour le développement du Bénin (FCDB), l'Union sociale libérale (USL) et l'Union démocratique pour un Bénin nouveau (UDBN). Les deux premières étant directement cooptées par le président et les deux suivantes appartenant à la mouvance présidentielle, seule les trois dernières font alors partie de l'opposition. La Commission électorale nationale autonome (CENA) annonce ne valider que deux listes présentées par des partis soutenant le président de la république Patrice Talon, soit l'Union progressiste et le Bloc républicain. Toutes les autres listes sont rejetées. Par conséquent, aucun parti d'opposition ne pourra participer aux législatives

131 Corneille Nonhêmi, jeune militant, souhaitait se présenter comme candidat pour l'Union sociale libérale (USL), le parti de Sébastien Ajavon, un opposant actuellement en exil en France, poursuivi pour une obscure affaire de trafic de cocaïne. Lui aussi est certain que « le plan de Talon est de réviser la Constitution à sa guise ». Pour ce jeune employé d'une multinationale, « cette situation inédite vise à supprimer toutes possibilités de faire barrage au président Talon et à son gouvernement ». V. Le journal le Monde Afrique 16 avril 2019.

132 Le Monde avec AFP, publié le 24 décembre 2019 et mis à jour le 26 décembre 2019

133 A. Thiam, « Une Constitution ça se révisé ! ». Relativisme constitutionnel et État de droit au Sénégal, art. cit., p. 146.

mais pas pour l'instrumentaliser. Or, l'idée se construit et se diffuse d'une instrumentalisation juridique de la constitution en Afrique. Certains gouvernants ont en effet réalisé le profit qu'ils pouvaient tirer de la légalité et ne s'en privent d'ailleurs pas. La stratégie est plus ingénieuse car résultant de l'utilisation du texte constitutionnel. Cette ingénierie constitutionnelle est en réalité au service de la conservation et de la pérennisation au pouvoir¹³⁴ au détriment des droits des citoyens. Et les organes habilités à protéger ces droits et libertés des citoyens s'en rendent complices.

B- Le juge constitutionnel : protecteur du droit de l'Etat

L'Etat de droit est réalisé lorsque les organes politiques sont soumis à des mécanismes de contrôle juridictionnel notamment l'instauration d'une justice constitutionnelle qui transforme l'Etat légal en Etat de droit. Dans le contexte africain, la réalité est que ces juridictions sont décriées partout ailleurs (1) et plus particulièrement en matière électorale (2).

1- Des juridictions constitutionnelles décriées

L'exercice du pouvoir par les autorités publiques, y compris juridictionnelles, a des répercussions politiques importantes. C'est notamment le cas des décisions prises par les juridictions compétentes en matière de justice constitutionnelle dont l'impact est généralement considérable, en particulier dans le domaine des droits humains, de la cohésion sociale et de la sécurité juridique.

« Les litiges portant sur les dispositions constitutionnelles concernent souvent les problématiques politiques les plus sensibles d'un pays. Trancher des questions politiquement

¹³⁴ D.G. Lavroff, « La crise de la Constitution française », Itinéraires d'un constitutionnaliste, in *Mélanges en l'honneur de F. Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2007, p. 760.

sensibles et définir des enjeux politiques dans le cadre d'une constitution qui, par sa nature, utilise des termes relativement abstraits et traduit des concepts et engagements de base n'est pas une affaire purement juridique. Une instance chargée du contrôle de constitutionnalité peut ainsi faire une lecture différente du texte constitutionnel de celle sur laquelle le pouvoir législatif s'est implicitement appuyé. Cependant, le contrôle de constitutionnalité par voie juridictionnelle n'est pas un prérequis pour garantir l'intégrité et l'efficacité d'une constitution écrite. »¹³⁵. Jacky HUMMEL ne disait-il pas que « La possibilité d'une censure de la volonté du législateur par une instance juridictionnelle composée de membres nommés et non élus a sonné le glas de la traditionnelle identification de la volonté majoritaire à la volonté commune »¹³⁶. Ce constat délicat de l'illégitimité des juridictions constitutionnelles est bien affirmé dans le contexte africain. Le juge constitutionnel apparaît comme le bras juridictionnel du pouvoir politique (majorité) et donc une véritable menace pour le peuple souverain par ses éventuelles forfaitures.

Les attributions des juridictions compétentes en matière de justice constitutionnelle en Afrique noire francophone suscitent beaucoup d'intérêt, tant du point de vue théorique que politique. La place qu'occupe le juge constitutionnel dans le système politique peut influencer tant la loi soumise à son contrôle, le résultat des élections que l'exercice du pouvoir qui en découle. Dans certains cas, il peut contribuer à résoudre une crise politique à la suite d'un dysfonctionnement politique tel un coup d'État ou un changement inconstitutionnel de régime. À l'inverse, ses

135 M. Böckenförde, Babacar Kante, Y. Ngenge, H. K. Prempeh, *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest : Analyse comparée*, Fondation Hanns Seidel, 2016, pp.2-23.

136 J. Hummel, « A qui appartient la volonté générale ? » *Jus Politicum* - n° 10 – 2013, p. 4.

décisions peuvent également précipiter une crise politique ou encore être source de tensions politiques ou sociales.

La principale tâche des institutions chargées de la justice constitutionnelle est de préserver l'État de droit et de veiller au respect des principes constitutionnels. L'un des aspects fondamentaux de cette fonction est l'examen de la constitutionnalité des lois dont l'objectif est de protéger les principes et dispositions constitutionnels de toute atteinte par une législation, une réglementation ou une action gouvernementale qui y contreviendrait. C'est le modèle kelsénien institué par la plupart des constitutions mais qui a du mal à fonctionner dans le contexte africain.

Ainsi, en matière de changement de constitution, le juge constitutionnel est totalement désarmé face aux organes politiques notamment la majorité gouvernementale. Le juge constitutionnel n'a pas compétence (à l'exception du Bénin) pour statuer sur la conformité à la constitution de la loi portant révision de celle-ci. Il subit la loi du politique et ne dispose pas de moyens pour écarter une éventuelle anomalie.

Par exemple, le président de la république du Sénégal Macky SALL a fait adopter par sa majorité parlementaire la loi n°2018-14 du 11 mai 2018 portant révision de la constitution et instituant le parrainage citoyen intégral. Cette loi modifiant l'article 29 alinéa 5 de la constitution dispose que « Pour être recevable, toute candidature à l'élection présidentielle doit être accompagnée de la signature d'électeurs représentant, au minimum, 0,8% et, au maximum, 1% du fichier électoral général ». Cette loi constitue, sans nul doute, une entorse au principe constitutionnel de la

liberté de candidature consacré aussi bien par les textes à portée universelle que la législation nationale¹³⁷. Saisi par l'opposition en vue de censurer ladite loi, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'il ne saurait être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux expressément prévus par la constitution et la loi organique portant Conseil constitutionnel »¹³⁸. Cette déclaration d'incompétence fait soustraire la loi querellée du contrôle du juge constitutionnel.

Le même dispositif a été institué en Côte d'Ivoire où tous les candidats à l'élection présidentielle doivent désormais recueillir au moins 1% de son électorat local dans 17 régions sur les 31 que compte le pays ou district de son choix.¹³⁹. Ainsi dans le cadre de l'élection présidentielle du 31 octobre 2020, quarante candidats échouent à faire valider leurs candidatures sur quarante-quatre.

En tout état de cause, l'attitude timorée du juge peut être source de tensions et occasionnée, dans certains cas, une rupture constitutionnelle. Ce climat favorise de plus en plus la crise de la démocratie représentative ; une crise qui se manifeste par la fréquence de la substitution du peuple à ses représentants. Cette substitution du peuple se traduit aussi parfois par des manifestations dans les rues violemment réprimées, sources de fortes tensions voire de guerres civiles. A titre d'exemples, nous pouvons citer la crise ivoirienne de 2010 et la crise burkinabé

137 Article 29 de la Constitution de 2001, modifiée, et l'article L.57 de la loi n° 2017-12 du 18 janvier 2017 portant partie législative du Code électoral.

138 Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n°1-C-2018 du 09 mai 2018

139 Article 51 du code électoral : « Chaque candidat à l'élection du Président de la République est tenu de produire une déclaration de candidature revêtue de sa signature dûment légalisée.

En outre, il doit être parrainé par une liste d'électeurs représentant un pour cent (1%) de l'électorat local, dans au moins cinquante pour cent (50%) des districts autonomes et régions », JORCI, Numéro spécial, 10 avril 2020, p.51.

du 30 octobre 2014 qui sont le résultat d'un processus marqué par des révisions constitutionnelles récurrentes.

Concernant la Côte d'Ivoire en particulier, la crise de 2010 est le résultat de la révision constitutionnelle insérant dans l'article 35 de la constitution que « nul ne peut être élu Président de la République s'il n'est ivoirien de naissance, né de père et mère, eux-mêmes ivoiriens de naissance ». En application de cette disposition, le juge constitutionnel ivoirien a invalidé la candidature de monsieur OUATTARA à l'élection présidentielle de 2000 « pour nationalité douteuse ». L'élection s'était tenue dans un climat de tensions et monsieur Laurent GBAGBO en avait été proclamé vainqueur. Mais les violences consécutives à cette élection ont conduit d'une part à une rébellion et d'autre part, le président de la république y avait trouvé un prétexte pour reporter à plusieurs reprises la tenue du scrutin présidentiel.

Quant au Burkina Faso, le président Blaise COMPAORE, ayant pris le pouvoir après un putsch et régné sans partage pendant 27 ans, avait projeté amender une nouvelle fois la constitution en 2014 pour briguer un cinquième mandat en novembre 2015, alors même que la constitution lui interdit de briguer plus de deux mandats. Refusant de cautionner ce projet controversé, plusieurs personnalités avaient quitté son parti. L'opposition politique et la société civile ont énergiquement dénoncé le projet. Le jeudi 30 octobre 2014 au matin, les députés burkinabè devaient examiner le projet de loi portant sur la révision de la constitution lui permettant une nouvelle candidature après 2015. Sous la pression de la rue, le vote a été annulé, mais c'était trop tard. Les manifestants ont pris d'assaut le parlement et l'ont incendié. Le siège du parti au pouvoir, celui de la mairie de Bobo Dioulasso et l'hôtel Azalaï

ont été incendiés ou saccagés par des manifestants. Des pertes en vies humaines ont été signalées. La foule ne demandait plus l'annulation du projet de révision, mais rien d'autre que la démission du président Blaise Compaoré. Ce dernier a dû fuir sa terre natale pour se réfugier, depuis lors, en Côte d'Ivoire.

L'inertie des juridictions constitutionnelles devant les manipulations hasardeuses des textes ne peut leur être imputée car, gardiens de la constitution, ils ne peuvent en être les premiers violeurs a priori. Toutefois l'audace et le courage peuvent être d'une grande utilité au juge constitutionnel surtout lorsque ce dernier entrevoit la crise socio-politique qui pourra résulter d'une modification hasardeuse des textes. Et c'est en cela que l'opinion publique y voit une certaine complicité avec le politique.

Il convient de souligner que le juge constitutionnel béninois, autrefois fortement attaché à l'Etat de droit, avait-il érigé le consensus national au rang de principe à valeur constitutionnelle. C'est ce qu'illustre sa décision du 08 juillet 2006¹⁴⁰ confirmée par celle du 20 octobre 2011¹⁴¹. La haute juridiction constitutionnelle considère que toute révision constitutionnelle doit nécessairement tenir compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990. Cette attitude du juge constitutionnel béninois doit inspirer les juges constitutionnels d'autres pays africains dans leur office. C'est le seul moyen d'imposer aux acteurs politiques un large consensus sur des intentions de changement de constitution. C'est aussi par une attitude courageuse que le juge constitutionnel pourra assurer

140 DCC 06-074 de la Cour Constitutionnelle du Bénin du 08 juillet 2006.

141 DCC 11-067 de la Cour constitutionnelle du Bénin du 20 octobre 2011.

son rôle d'artisan de la démocratie et de l'Etat de droit en Afrique¹⁴². Et c'est en matière électorale que cela se devrait se vérifier le plus.

2- Une gestion hypothétique du contentieux électoral

« Les juridictions constitutionnelles africaines rencontrent bien des difficultés à obtenir quitus pour leur contrôle juste, sain et impartial de la régularité des élections. Les succès sont remarquables mais assez rares ; l'échec est trop souvent au rendez-vous ». Ce constat sévère de Stéphane BOLLE¹⁴³ résume à tous égards la problématique de la gestion du contentieux électoral en Afrique noire francophone. En effet, les juridictions constitutionnelles ne sont bien souvent pas en odeur de sainteté avec le peuple surtout lorsqu'il s'agit du contentieux électoral. Certes, certaines ont fait

142 **A. B FALL** « Le juge constitutionnel africain, artisan de la démocratie en Afrique ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie BRETON, Itinéraires du droit et terres des hommes*, éditions Mare et Martin, 2007, pp. 63-82

143 **Stéphane BOLLE**, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », Centre d'études et de recherches sur les droits africains et sur le développement institutionnel des pays en développement, membre du groupement de recherches comparatives en droit administratif, constitutionnel et politique (Université Montesquieu – Bordeaux IV). <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>.

leur preuve¹⁴⁴, mais d'une manière générale l'opinion publique ne leur est pas favorable.

Le contentieux électoral¹⁴⁵ est, selon la formule de Jean GICQUEL, consubstantiel aux élections, tout comme l'élection l'est par rapport à la démocratie¹⁴⁶, il tend à vérifier la régularité des actes et la validité des résultats des élections¹⁴⁷. L'office du juge constitutionnel est déterminant dans la croyance populaire en la démocratie. Cet office se révèle à deux niveaux ; le contentieux préélectoral et le contentieux post-électoral.

Le contentieux préélectoral est souvent relatif aux candidatures où les cours ou conseils constitutionnels sont emmenés à examiner

144 En 1995, au Bénin, le scrutin législatif a été annulé dans le Borgou, au motif que « les irrégularités qui y ont été commises, par leur nombre et leur gravité, retirent au scrutin tout caractère de sincérité », ainsi qu'à Cotonou, circonscription acquise au parti présidentiel, où se présentait l'épouse du Chef de l'État, en raison du « retard anormal » de deux semaines accusé pour la transmission des documents électoraux (Cour constitutionnelle du Bénin, Proclamation des résultats des élections législatives du 28 mars 1995 (16 avril 1995)). en 1999, au Togo, les élections législatives à Dankpen ont été annulées « nonobstant l'écart de voix existant entre les deux candidats parce que l'attribution de 66,1 % de suffrages exprimés restait incertaine » (Cour constitutionnelle du Togo, Décision E 012/99 du 8 avril 1999.). La Cour constitutionnelle du Mali a annulé, à bon droit, les opérations électorales des élections législatives du 13 avril 1997 sur tout l'étendue du territoire national, au motif principal qu'« aucune liste électorale » ne lui avait été « fournie pour se prononcer sur la régularité et la sincérité » desdites opérations (Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt EL 97-046 CC du 25 avril 1997.).

145 Le terme « contentieux » évoque l'idée d'une contestation ou, à tout le moins, d'un litige. C'est dans ce sens que Gérard Cornu le définit comme « l'ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux, soit globalement, soit dans un secteur déterminé. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, s.v. « Contentieux ».

146 J. Gicquel, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 191.

147 J.-Cl. Masclét, *Droit électoral*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 309 ; J.-Cl. Masclét, *Le droit des élections politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 97.

les candidatures à l'occasion d'une élection nationales¹⁴⁸. A cet égard, plusieurs griefs sont dirigés contre le juge ; ceux-ci varient entre une rigueur et une complaisance inversée selon qu'il s'agit de l'examen des candidatures de différentes tendances (parti au pouvoir ou opposition). Parfois, des candidatures « officielles », dont la régularité est discutable, sont validées, tandis que des candidatures d'opposants sont invalidées sur des critères subjectifs et déraisonnables¹⁴⁹. C'est le cas en 1993 du rejet de la candidature de monsieur Gilchrist OLYMPIO, l'opposant historique du Togo, pour certificat médical non conforme parce que délivré par des médecins français aux lieu et place de médecins togolais, comme le prévoit la loi¹⁵⁰. Plus tard, la candidature du même monsieur Gilchrist OLYMPIO en vue de la présidentielle de 2003 a, une fois encore, été invalidée sur la base de la loi constitutionnelle du 31 décembre 2002, modifiant le texte originel de 1992, contenant manifestement des clauses d'élimination ciblées de certaines candidatures¹⁵¹.

148 Dans les pays comme le Togo, le Congo, la RDC, le Gabon, le Cameroun ou le Sénégal, le contentieux des élections nationales (présidentielle, législatives et sénatoriales, le cas échéant) relève de la compétence du juge constitutionnel (qu'il s'agisse de la Cour constitutionnelle ou du Conseil constitutionnel), alors que celui des élections locales ressortit de la compétence du juge administratif. Dans d'autres pays, comme le Mali et le Bénin, qui choisissent également le bloc de compétence en fonction de la nature de l'élection, si le juge constitutionnel reste compétent pour les élections nationales, les élections locales, quant à elles, sont confiées au juge judiciaire. (V. **F. Mélin-Soucramanien**, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p.122 ; **D. Karsenty**, « Le traitement judiciaire et administratif du contentieux électoral et l'interaction entre les diverses institutions concernées en France », Commission européenne pour la démocratie par le droit, 2005, p. 3.

149 Les exigences internationales en la matière sont rappelées par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale n° 25 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7).

150 Ordonnance no 9 du 5 août 1993 du Président de la Cour suprême arrêtant la liste nominative des candidats à l'élection présidentielle des 25 août et 8 septembre 1993 et arrêt no 1 du 12 août 1993 de la Cour suprême, Chambre constitutionnelle.

151 Décision de la cour constitutionnelle du Togo n° E-002/03 du 6 mai 2003 (non-respect de l'exigence de résidence sur le territoire national).

Plus hardi a été la situation en Centrafrique où la Cour constitutionnelle de transition a exclu en 2004 de la course à la magistrature suprême 9 des 13 rivaux du président de la république pour les motifs les plus variés¹⁵². Paradoxalement, c'est par une simple allocution à la nation, le 4 janvier 2005 que le président BOZIZE a cassé la décision de la cour et validé trois candidatures. Puis, suite aux accords de Libreville du 22 janvier 2005, tous les postulants ont été admis à concourir sauf l'ex-président Patassé poursuivi pour crimes de sang.

Par ailleurs, l'application extrêmement rigoureuse de la loi pose également problème. Ainsi, la décision du juge électoral ivoirien déclarant inéligible le candidat Alassane OUATTARA pour la présidentielle de 2000 a pu choquer certes, mais beaucoup d'observateurs ont perdu de vue qu'elle n'était que la conséquence d'une application saine d'une disposition de la constitution ivoirienne qui posait comme condition d'éligibilité la nationalité

152 Cour constitutionnelle de transition de Centrafrique, Décision du 30 décembre 2004, Le Citoyen, n° 2069-31, décembre 2004. La Cour s'est appuyée sur le Code électoral, lequel développe l'article 24 alinéas 3 et 4 de la Constitution du 27 décembre 2004 : « Ne peuvent être candidats à l'élection présidentielle que les hommes et les femmes, centrafricains d'origine, âgés de 35 ans au moins, ayant une propriété bâtie sur le territoire national et n'ayant pas fait l'objet de condamnation à une peine afflictive ou infamante. – Ils doivent jouir de leurs droits civiques, être de bonne moralité et capables d'assurer avec lucidité et efficacité les fonctions de leur charge ». En application de cette disposition des candidatures ont été invalidées pour des motifs comme certificat médical insuffisamment « explicite » ; réserves sur la régularité des pièces d'état civil versées au dossier ; absence d'arrêt de mise en disponibilité ; et, surtout, titre non valide de propriété bâtie portant sur un bien indivis, affecté d'une hypothèque bancaire ou d'une étendue inconnue.

d'origine pure, soit être né de père et de mère ivoiriens¹⁵³. Cette situation est rééditée en 2020 où le conseil constitutionnel a validé quatre sur quarante-quatre candidatures à l'élection présidentielle 31 octobre en application de l'article 51 du code électoral¹⁵⁴.

Enfin, le conseil constitutionnel du Sénégal, dans sa décision du 13 janvier 2019¹⁵⁵ portant publication de la liste des candidats à l'élection présidentielle du 24 février 2019, s'est appuyé principalement sur la nouvelle disposition de l'article L. 57,

153 Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambre constitutionnelle, Arrêt n° E 0001-2000 du 6 octobre 2000. La Cour Suprême a fondé le rejet de la candidature d'Alassane Ouattara pour défaut « d'ivoirité » sur les accusations abondamment développées par ses adversaires : l'identité de sa mère ne serait pas certaine, l'acte de naissance produit « étant sérieusement entaché de doute qui en altère la valeur juridique » ; sa nationalité ivoirienne ne serait pas établie par un certificat de nationalité présentant un « doute sérieux quant à son contenu » et délivré « sans aucune préoccupation de vérifications préalables et sans que soient requises les instructions ministérielles exigées » ; l'utilisation d'un passeport diplomatique burkinabé à l'occasion de divers actes de la vie civile démontrerait qu'il n'aurait eu « de cesse de se réclamer de la Nationalité voltaïque ou burkinabé, avant et après son apparition en Côte d'Ivoire en 1982 ».

154 Sous le régime de la Constitution de 2016 révisée, les candidats à l'élection présidentielle sont soumis à une obligation de collecte de parrainages pour valider leurs candidatures. Les soutiens d'au moins 1 % des électeurs d'au moins 17 des 31 régions ou districts autonomes du pays sont ainsi nécessaires. Les électeurs ne peuvent par ailleurs parrainer qu'un seul candidat chacun

155 Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n°2-E-2019, affaire n°12-E-2019 du 13 janvier 2019

alinéa 1¹⁵⁶ pour juger irrecevables les candidatures de Karim WADE et de Khalifa Ababacar SALL¹⁵⁷.

Quant au contentieux post-électoral, il repose sur une technique particulière qui apparaît dilatoire aux yeux des citoyens et est également source de déception, de frustration et d'irritation¹⁵⁸. Il s'agit de modalités de règlement du contentieux post-électoral qui selon Laurent TOUVET et Yves-Marie DOUBLET est un « contrôle réaliste, qui ne consiste pas à censurer toutes les irrégularités mais seulement à apprécier la sincérité du scrutin, avec le souci de respecter l'expression du suffrage universel »¹⁵⁹. Ainsi, le juge constitutionnel, dispose-t-il d'une certaine souveraineté dans l'appréciation des faits soumis à son examen. En réalité, il a le pouvoir de confirmer, d'invalider, voire de réformer les résultats des élections en procédant à une évaluation au cas par cas des

156 L'article L. 57 alinéa 1 du Code électoral, dans son ancienne version, était formulé ainsi qu'il suit : « tout sénégalais peut faire acte de candidature et être élu sous réserve des conditions d'âge et des cas d'incapacité ou d'inéligibilité prévus par la loi ». Mais c'est à la veille du scrutin présidentiel du 24 février 2019 que le législateur a modifié, subtilement, l'article L.57 alinéa 1 en le reformulant comme suit : « Tout Sénégalais électeur peut faire acte de candidature et être élu sous réserve des conditions d'âge et des cas d'incapacité ou d'inéligibilité prévus par la loi ».

157 Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n°2-E-2019, affaire n°12-E-2019 du 13 janvier 2019 : « Considérant que la déclaration de candidature de Monsieur Karim Meissa WADE est accompagnée des pièces énumérées à l'article L.116 du Code électoral, à l'exception de la photocopie légalisée de la carte d'identité biométrique CEDAO faisant office de carte d'électeur ; Considérant 71 : Considérant qu'il résulte de l'article L.57 alinéa premier du Code électoral que, pour faire acte de candidature, il faut être électeur ; dès lors, Karim Meissa WADE n'a pas la qualité d'électeur au sens des articles L. 27 et L. 31 du Code électoral (...) et, pour cette raison, ne peut faire acte de candidature ;

Considérant que Monsieur Khalifa Ababacar SALL ne peut plus se prévaloir de la qualité d'électeur au sens des articles L.27 et L.31 du Code électoral ; que, par suite, ne remplissant pas la condition prévue à l'alinéa premier de l'article L.57 du Code électoral, il ne peut faire acte de candidature à l'élection présidentielle ; considérant qu'il y a lieu de déclarer la candidature de Khalifa Ababacar SALL irrecevable ».

158 Les juridictions constitutionnelles africaines rencontrent bien des difficultés à obtenir quitus pour leur contrôle juste, sain et impartial de la régularité des élections. Les succès sont remarquables mais assez rares ; l'échec est trop souvent au rendez-vous.

159 L. TOUVET, Y.-M. DOUBLET, *Droit des élections*, Paris, Economica, 2007, pp. 496-497.

requêtes selon la formule suivante : « S'il ressort de l'examen du dossier, par la Cour constitutionnelle, de graves irrégularités de nature à entacher la sincérité et à affecter la validité de l'ensemble du scrutin, la Cour constitutionnelle en prononce l'annulation »¹⁶⁰. En conséquence, l'irrégularité doit être d'une gravité telle qu'elle porte atteinte à la liberté ou la sincérité du scrutin, que l'écart des voix entre le candidat battu et le candidat élu soit étroit. C'est ce que la doctrine appelle la technique de « l'effet utile » ou du « principe de l'influence déterminante ». Cette jurisprudence de « l'effet utile », selon le Professeur Francis WODIE, « postule que le juge constitutionnel n'invalide l'élection que dans l'hypothèse où les fraudes soulevées sont de nature à influencer les résultats du scrutin »¹⁶¹.

Le cas emblématique est encore fourni par la Côte d'Ivoire à l'occasion de l'élection présidentielle de 2010. À l'issue du second tour, Alassane OUATTARA est proclamé, le 2 décembre 2010, 4^e président de la République de Côte d'Ivoire avec 54,10 % par la commission électorale. Mais le Conseil constitutionnel invalide les résultats dans les régions du nord et annonce la réélection de Laurent GBAGBO avec 51,45 %¹⁶². Ils prêtent serment tous les deux le 4 décembre 2010.¹⁶³ Il s'en est suivie, inéluctablement,

160 Loi N°2019-017 du 06 novembre 2019 portant code électoral au Togo.

161 Francis WODIE, « Le Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n°40, 2013/3, p. 150.

162 Art. 35 de la Constitution ivoirienne : « Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Il n'est rééligible qu'une fois. Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et de soixante-quinze ans au plus ».

163 L'article 64 du code électoral ivoirien dispose que le Conseil Constitutionnel doit se prononcer par infirmation ou confirmation des résultats de la Commission électorale ou sur une reprise de l'élection suivant : « Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate des irrégularités graves de nature à entacher la sincérité du scrutin et à en affecter le résultat d'ensemble, il prononce l'annulation de l'élection. La date du nouveau scrutin est fixée par décret en Conseil des ministres sur proposition de la Commission chargée des élections. Le scrutin a lieu au plus tard quarante-cinq jours à compter de la date de la décision du Conseil constitutionnel ».

une grave crise post-électorale qui a entraîné la dissolution du Conseil constitutionnel et l'exil de certains de ses membres.

Le dernier cas est offert par la Cour constitutionnelle du Mali qui s'est retrouvée au cœur de la crise socio-politique qui secoue le pays. En effet, celle-ci est considérée comme l'un des points de discordance déclencheurs de la crise politique, après qu'elle ait invalidé, fin avril 2020, une trentaine de résultats des élections législatives de mars-avril, dont une dizaine en faveur de la majorité présidentielle¹⁶⁴. Depuis cette décision, une coalition d'opposants, de chefs religieux et de membres de la société civile réclame le départ du président Ibrahim Boubacar KEITA, au pouvoir depuis 2013. Le 10 juillet 2020, une manifestation a dégénéré en troubles meurtriers. Pour tenter de dissiper les tensions, le chef de l'État avait, en juillet, annoncé la « dissolution de fait » de la Cour constitutionnelle et sa reconstitution¹⁶⁵. Mais tout ce désordre engendré par la Cour elle-même a trouvé son épilogue dans l'incursion de l'armée dans la politique par un coup d'État¹⁶⁶ qui

164 La Cour constitutionnelle du Mali a rendu public ce 30 avril les résultats définitifs du second tour des élections législatives du 19 avril dernier avec un taux de participation de 35,25%. Le parti présidentiel arrive en tête avec au moins 51 députés sur les 147 élus grâce à la prise en compte, par la Cour constitutionnelle, des recours introduits par certains candidats, ce qui a, de fait, changé la donne. Alors que les résultats provisoires annonçaient 43 députés pour le parti au pouvoir, le Rassemblement pour le Mali, la Cour a ainsi annoncé qu'il avait emporté 51 sièges sur les 147 que compte l'Assemblée nationale. Par ailleurs, le parti présidentiel remporte des sièges dans quatre communes dans le District de Bamako, contre une comme annoncé lors des résultats provisoires.

165 Selon le décret, le président malien Ibrahim Boubacar Kéita a nommé Aser Kamaté, Amadou Ousmane Touré et Doucouré Kadidia Traoré. Le président de l'Assemblée nationale Moussa Timbiné a désigné Maliki Ibrahim, Bâ Haoua Toumagnon (F) et Beyla Bâ. Quant au Conseil supérieur de la magistrature, il a désigné Demba Tall, Mohamed Abdourahmane Maïga et Djénéba Karabenta.

166 « *Le président du Mali, Ibrahim Boubacar Keïta, arrêté avec son premier ministre par des militaires en révolte* », *Le Monde.fr*, 18 août 2020

en soi ne constitue pas une voie constitutionnelle de résolution d'une crise politique¹⁶⁷.

Entre ces deux extrêmes, on note une variété de situations avec un dénominateur commun ; le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir d'annulation et de réformation mais le premier est la technique la moins utilisée. Aussi, partout ailleurs en Afrique noire francophone, le rôle des juridictions constitutionnelles est-il très souvent décrié en matière électorale.

CONCLUSION

La question qui taraude les esprits est de savoir la valeur du fétichisme constitutionnel en Afrique. Les constitutions sont-elles en permanence en chantier ? L'affirmer serait allé à contre-courant de la réalité. Les gouvernants des pays d'Afrique noire francophone donnent l'impression que la greffe du modèle occidental de constitutionnalisme libéral ne peut prendre en Afrique. On ne peut le croire car par exemple, le Ghana, pays anglophone, limité de toute part par des pays francophones (à l'est par le Togo, à l'ouest par la Côte d'Ivoire et au nord par le Burkina Faso) est un véritable modèle de démocratie libérale.

En réalité, les dirigeants des pays d'Afrique noire francophone, une fois au pouvoir, sont portés à le privatiser de sorte que la constitution leur apparait comme un obstacle à dégager. C'est ce qui explique les multiples manipulations de celle-ci. Ils n'y voient pas un texte fondamental sacré d'où ils tirent leur autorité. Même la sanctuarisation de la clause limitative du nombre de

167 **M. S. Aboudou-Salami**, « Démocratie et coup d'Etat en Afrique », *Revue Nigérienne de Droit*, n° 5, 2003, pp. 9-55 ; **Y. Vignon**, « Le coup d'Etat en Afrique noire francophone », *Les voyages du droit, Mélanges Breillat en l'honneur de Dominique*, PUJP, Paris, LGDJ, 2011, pp. 617-620. **L.-M. Martin**, *Le soldat africain et le politique : essai sur le militarisme et l'Etat prétorien au sud du Sahara*, Toulouse, Presses de l'IEP, 1990.

mandats présidentiels à travers son admission dans les clauses intangibles des constitutions, au lieu d'apporter une valeur ajoutée au constitutionnalisme africain, est devenue un vecteur de sa dévalorisation.

Les dirigeants d'Afrique noire francophone pèchent par leur manque d'exercice vertueux du pouvoir. Ils se posent pour des hommes providentiels inchangeables, oubliant ce qui est la limite de tout être humain ; la mort. Irait-on vers le chaos sans eux ? Le constitutionnalisme, par la séparation des pouvoirs, assure un système de freins efficaces à l'action gouvernementale et à l'intérêt général. Et comme l'a si bien dit le président du Niger Mahamadou ISSOUFOU « *Je saisi la présente occasion, pour annoncer solennellement, que c'est la dernière fois que je m'exprime en qualité de président de la République du Niger... Quand on sait que, c'est pour la toute première fois de son histoire, que le Niger connaîtra un transfert de pouvoir de façon démocratique, cette échéance me remplit de fierté. Cette échéance sera un moment décisif pour le Niger, dans le cadre de ses efforts visant à l'approfondissement de son processus démocratique et de sa maturité politique... Dès le début de mon premier mandat, j'ai fait du respect des textes constitutionnels et des institutions, une vertu cardinale de ma gouvernance pour la renaissance du Niger* »¹⁶⁸.

168 RFI : Lors de l'Assemblée générale de l'ONU, Mahamadou ISSOUFOU met en avant son bilan ; Publié le : 25/09/2020 - 13:20.

« L'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire »

Par Serge François SOBZE

*Maître-assistant de droit public
Université de Douala (Cameroun)*

INTRODUCTION

À quoi sert la motivation d'une décision de justice ?¹ Telle est la lancinante question qui n'a cessé de diviser la doctrine constitutionnelle à propos de la nature juridique et de la place de cette notion dans les décisions juridictionnelles². Cette controverse ravive aujourd'hui la réflexion qu'elle soit axée sur la motivation en tant qu'élément de politique jurisprudentielle³ ou sur l'obligation⁴ de motiver dont le statut juridique est encore incertain. En effet,

- 1 P. BRUNET, « À quoi sert la « théorie des principes généraux du droit ? » in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit, Economica*, 2008 ; P.-F. GONIDEC, « À quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, octobre-décembre 1988, n° 4, p. 849 ; F. OST, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Coll. « *Penser le droit* », Bruxelles, Bruylant, 2016, 570 p. Ces formulations renvoient aux finalités du droit. Pour y répondre, nous reprendrons à notre compte ces propos du rédacteur français du Recueil général des lois de 1790 : « Ce fut un grand bienfait (...) que cette obligation imposée aux juges de faire connaître les motifs qui les avaient déterminés. Par-là, la justice est devenue comme une sorte d'enseignement public qui rend la loi claire et plus familière à ceux qui ont intérêt à la connaître ». p. 53.
- 2 C. PERELMANN et P. FORIERS (dir.) *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 p.
- 3 G. GANIVET, et N. MOLFESIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges BORE*, pp. 79 et s. La motivation est un élément de politique jurisprudentielle, qui permet d'attester qu'elle est, à l'opposé de la formule imagée de C.-S. MONTESQUIEU, *l'écume de la décision de justice*, in *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, t. livre XI, chap. XI, p. 177; Sur les évolutions de cette figure, lire G. ROMMEL, *L'art de juger. A l'écart de Montesquieu*, Bruylant, 2008, p. 35.
- 4 F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA (dir.), *L'obligation – Études offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, L'Harmattan, Cameroun, 2015. 612 p.

dans tous les ordres juridictionnels, l'histoire de la motivation⁵ des décisions de justice permet de la présenter⁶ tantôt comme une obligation⁷, tantôt comme une faculté⁸, une réforme⁹, une énigme¹⁰ ou tout simplement comme un *mystère*¹¹. S'il est donc difficile de lui attribuer un statut, la doctrine internationaliste africaine plaide pour qu'elle soit érigée en un « label »¹². Mais cette plaidoirie ne peut prospérer qu'au plan international parce que facilitée par la culture des opinions individuelles¹³ tandis qu'au plan national les

- 5 T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDJ*, 1995. 5. Le mouvement de motivation des décisions de justice apparaît en France à la faveur du déclin du totalitarisme de la loi. R. CHEVALIER, *La motivation des actes juridictionnels*, th. Rennes, 1974.
- 6 B. BONNET, « Présentation sur la motivation des décisions juridictionnelles », in CAUDAL (S) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p. 31.
- 7 C. KEUTCHA, « L'obligation de motiver certaines décisions administratives au Cameroun », *Juridis périodique*, n°31 Juillet-Septembre, 1997, pp. 60-66. V. E. M. NGANGO YOUNBI, « L'obligation de motivation des actes administratifs au Cameroun », in F. ANOUKAHA et A.-D. OLINGA, *L'obligation, op. cit.* pp.473-612 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'obligation de motiver des décisions juridictionnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 1998. 1998. 516.
- 8 Y. NOLA, *La motivation des actes administratifs unilatéraux*, Thèse de droit public, Université de Yaoundé II- Soa, 2012, 530 p. CFJ/AP, Arrêt n° 20 du 20 mars 1968, NGONGANG NJANKE Martin c/ Etat du Cameroun.
- 9 A. DUFFY-MEUNIER, « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/2, p. 45. L'auteur reprenait ainsi les propos du juge COKE dans *l'affaire des prohibitions de 1607. L'exception remarquable est celle tirée de l'article 6 de la CEDH qui fait de l'exigence de l'obligation une composante essentielle du droit à un procès équitable*.
- 10 M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », in F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTTHOREAU, (dir.) *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles (en italique)*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 9.
- 11 E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in H. Ruiz FABRI et J.M. SOREL (dir.) *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « *Contentieux international* », 2008, pp. 251-285.
- 12 Lire les propos de S. DOUMBE-BILLE commentant la communication de Jean -Marc SOREL, « La motivation des actes en droit international », in S. CAUDAL, *op. cit.* pp. 195-208. Selon l'auteur, faute d'avoir acquis un statut, la motivation aura désormais un label. Elle est une technique diffuse qui permet de nous faire avancer, de faire progresser. Cela oblige celui qui écrit, qu'il soit législateur ou juge, à invoquer les raisons de sa décision. Jean-Marc SOREL, réfute l'idée d'un véritable statut de la motivation en droit international.
- 13 Cf. Art. 57 du Statut de la CIJ. *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle*. Ce qui n'exclut pas les dispositions suivantes de l'article 54 (3) du même Statut : *Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes*.

juges constitutionnels sont tenus par le secret des délibérations¹⁴.

Cependant, si la motivation des décisions de justice peut s'inspirer en général de l'arrêt *Marbury c/ Madison*¹⁵, il faut dire qu'elle trouve ses vraies origines dans l'ordre juridique français, notamment dans les lois des 16-24 août 1790 qui posaient pour la première fois, le principe de la motivation des jugements¹⁶. Cette obligation sera entérinée d'abord par l'ordonnance de 1958¹⁷ et ensuite par la réforme constitutionnelle de 2008¹⁸.

En raison de sa « *transmutation* »¹⁹, la motivation innerve le droit public²⁰. Elle s'intéresse au droit et au contentieux administratif où elle contribue à faciliter sa « connaissance argumentée et raisonnée »²¹. On parle de la motivation des actes²², des actes

14 Art.7 de la loi béninoise n° 91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi de 2001 : « les membres de la Cour constitutionnelle prêtent serment devant le bureau de l'Assemblée nationale et le Président de la République et jurent de garder le secret des délibérations et des votes (...) ».

15 Cour suprême des Etats Unis *Mabury v. Madison*. 24 février 180, E. ZOLLER, Coll. *Les Grands Arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 1^{ère} éd. 2010, pp. 1-28 ; R. De BELLESCIZE, « Nous sommes le monde : la Cour suprême des Etats-Unis et l'emploi du droit étranger », *RFDC*, 2020/2, n°122, pp. 437-458.

16 La Constitution du 5 frimaire an III énonçait, dans son art. 208 : « Les séances des tribunaux sont publiques ; (...) les jugements (...) sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée ». V. en matière civile NCPC, art. 455 et pour la sentence arbitrale, art. 1471. *Tout jugement doit être motivé en fait et en droit*.

17 Ord. n° 5861067 du 7 nov.1958, art. 20 : « La déclaration du Conseil constitutionnel est motivée ».

18 Art. 23-11 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifié en 2009 : « La décision du Conseil constitutionnel est motivée ».

19 Cette expression est empruntée à J. CHEVALIER parlant du voyage au cœur de la notion d'obligation, « L'obligation en droit public », *Archives philosophiques du droit*, Tome 44, Paris, Dalloz, 2000, pp. 180 et s.

20 S. CAUDAL, *La motivation en droit public*, (dir.), Colloque organisé les 17 et 18 nov. 2011 à l'Université Jean Moulin-Lyon 3 par l'institut d'étude administratives (IEA) sous l'égide de l'équipe de droit public de Lyon (EDPL, EA 666), éd. Dalloz 2013, 301 p ; Colloque de l'EDPL et IEA, fin 2007, sur « les principes en droit ».

21 A. DUFFY-MEUNIER, « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *op. cit.* p. 45.

22 S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », A.J.D.A., 1974, p. 349 ; G. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, n° 27, p. 39.

unilatéraux²³, des contrats administratifs²⁴ ou des décisions du juge administratif²⁵. Par ailleurs, la motivation est pour le droit international²⁶ une source de démocratie et non d'autorité²⁷. Le juge international très souvent rend compte de ce que la motivation n'est pas obligatoire mais qu'il peut néanmoins s'en servir si elle existe²⁸.

Le droit privé²⁹ notamment le droit des obligations³⁰, le droit des contrats³¹ et le droit constitutionnel³², ont permis de revisiter cette notion capitale du droit processuel.

- 23 H. de GAUDEMAR, « L'obligation de motivation des actes administratif unilatéraux en droit français », in S. CAUDAL, *op. cit.* pp. 69-89. M. MBALLA OWONA Robert. *La notion d'acte administratif unilatéral au Cameroun*, Thèse Phd en droit, Université de Yaoundé II-Soa, Année académique 2009-2010, 608 pages.
- 24 C. ROUX, « La motivation en droit des contrats administratifs », in S. CAUDAL, *La motivation en droit public, op. cit.* pp. 123-145 ; S. N. T. TAMETONG, *L'obligation de motivation des contrats administratifs au Cameroun*, Thèse Phd en Droit public, Université de Dschang, 2018, 463 pages.
- 25 M. DIAKHATE, « la motivation des décisions des juridictions administratives en Afrique subsaharienne francophone », [http : // afrilex. u. bordeau 4. fr](http://afrilex.u.bordeau4.fr), 2019, 31 p. Consulté le 23 janvier 2020 à 18 h.
- 26 J. CHEVALIER, « L'Obligation en droit public », *ibid.* p. 179.
- 27 Selon PERELMANN, « *le droit est simultanément acte d'autorité et de persuasion. Le droit autoritaire, celui qui s'impose par le respect et la majesté, n'a guère à motiver ; Celui qui se veut démocratique, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée* » : « Les motivations des décisions de justice, essai de synthèse », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.) *La motivation des décisions de justices*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 p. (spec. p. 425).
- 28 Jean -Marc SOREL, « La motivation des actes en droit international », », in S. CAUDAL, *La motivation en droit public, op.cit.* 195-208. Lire également les dispositions de l'Article 57 du Statut de la CIJ.
- 29 R. DRAGO, « Droit public et droit privé », *ADP, l'Obligation*, t. 44, 2000, p. 43; A. WJFIFELS, « La motivation des décisions judiciaires », in F. HOURQUEBIE, M.C. PONTTHOREAU (dir.) *La motivation des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 140-166.
- 30 Travaux de l'Association Henri Capitant, *La motivation*, actes du colloque à Limoges en 1998, t. III, LGDJ, 2000 ; Colloque organisé à Montpellier en novembre 2010 sur *la motivation des décisions de justice, et sur la motivation des lois, des contrats et des actes administratifs*, publié à la RLDC janvier 2012, n° 89, pp. 63 et s.
- 31 M. BEHR- TOUCHAIS, « Obligation de motivation et droit des contrats », *RDC*, 2004, 555.
- 32 G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel » in S. CAUDAL, *La motivation en droit public, op. cit.* pp. 231-239) ; M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. PERELMANN et P. FORIERS (dir.) *La motivation des décisions de justices*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 297.

Endépit de quelques monographies³³, la doctrine constitutionnaliste est encore très aride sur la problématique de l'obligation de motivation des décisions constitutionnelles. Cette obligation par ailleurs n'a pas toujours reçue les mêmes échos favorables dans les ordres constitutionnels des Etats africains. Les sons de cloches sont différents selon que la motivation concerne le système anglo-saxon ou francophone. Dans le premier, elle est perçue, sous le prisme du *précédent*³⁴, comme l'épine dorsale de la décision de justice. Dans le second, la disparité est très apparente d'une juridiction, voire d'une décision à une autre. L'analyse de cette pratique différenciée justifie l'intérêt de la recherche axée sur la généralisation de l'obligation de motivation³⁵.

Il est question de prolonger la réflexion sur les finalités de l'obligation de motivation dans le but de justifier son enracinement dans la « *démocratie judiciaire* »³⁶ et d'endiguer l'expansion des décisions non-motivées³⁷ ou en crise de motivation³⁸. Cependant

33 D.-T. YONLY, « La motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique de l'Ouest francophone », *Revue béninoise de Science politique*, Vol 2 n° 1 Janvier 2018, pp. 157- 207 ; A. M. ADANDEDJAN, « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire », [http : // afrilex. u.bordeau 4. fr](http://afrilex.u.bordeau4.fr), 2019 p. 40, publié le 31 déc. 2019, consulté le 29 janv. 2020.

34 La *Common Law* est gouvernée par le principe du *précédent*, c'est-à-dire, à la différence du droit français, les juridictions anglaises sont liées tout à la fois par leurs propres décisions antérieures mais aussi par celles rendues par les juridictions qui leur sont supérieures. Ce principe n'est plus un tabou dans le système judiciaire français. C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, 484 p.

35 O. GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », *RFDA*, 2012, p. 61.

36 A. BLANC, « La justice pénale entre nouvelle démocratie judiciaire et nouveaux savoirs », *Droit et société*, 2013/1 n°83 pp.203-212. C'est le passage de la démocratie constitutionnelle à la démocratie imposée par le juge.

37 S. DAUCHY et V. DEMARSSION, « la non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit, principe ou usage », *RHFDE*, 2004, 223-239 et not. p. 224.

38 Selon le Doyen MELEDJE, « les décisions [constitutionnelles] sont insuffisamment motivées et il est difficile de percevoir les lignes d'une politique jurisprudentielle » in *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, Centre national de documentation juridique (CNDJ), 2012, 671 p.

si les textes se contentent de dire que les décisions sont nécessairement motivées³⁹, aucun d'eux ne dit ce qu'est la motivation, ni, en outre ce que doit être sa consistance.

Venant du latin *motivere*, « mettre en mouvement », la motivation est un concept relativement récent⁴⁰. En droit, « motiver une décision » c'est en exprimer les raisons. Dès lors, il semble incongru de séparer la motivation de l'obligation de motivation que les Romains appelaient le *Vinculum juris*⁴¹. Cependant, la division paraît possible selon l'étymologie du mot « *ob-ligare* » qui atteste qu'il s'agit d'un lien étroit. Ainsi l'obligation lie, mais plus ou moins fortement selon le sens : elle est donc plus ou moins obligatoire⁴² selon que le droit est *autoritaire* ou *démocratique*⁴³.

De façon générale, la motivation qu'elle soit formelle ou matérielle est perçue comme étant l'ensemble des motifs⁴⁴ d'un jugement. Elle est appréhendée dans la présente comme l'exposé de l'ensemble des raisons propre à justifier une décision ou encore l'ensemble des moyens d'une décision judiciaire. A travers elle,

39 Art. 227 (1) de la Constitution capverdienne : « *Les décisions des tribunaux doivent être motivées*; Article 56 (1) du Statut de la CIJ : *L'arrêt est motivé* ; Art. 87 (m) du Statut de la CJUE : *L'arrêt contient les motifs*.

40 Le verbe Motiver figure dans le dictionnaire de l'Académie depuis l'édition de 1740 (Littré, V^o « *Motiver* »). Motiver, c'est expliquer une décision, mais c'est aussi la justifier.

41 Les juristes romanistes la définissaient ainsi « *Obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* » ; l'obligation est le lien de droit qui conduit à faire quelque chose selon le droit de notre cité. Cf. Justinien, *Institute* III-13.

42 D. ALLAN et S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} ed. 2003, p. 1097 et s.

43 C. PERELMAN, « Les motivations des décisions de justice... », *op. cit.* p. 425. Quand le droit est autoritaire et s'impose par le respect et la majesté, moins la motivation est nécessaire. En revanche, quand il est démocratique, il a besoin d'une motivation s'il aspire à une adhésion raisonnée.

44 La motivation qui se rapporte à l'*instrumentum*, relève de la légalité externe de l'acte tandis que les motifs, qui fondent l'acte lui-même, relèvent de sa légalité interne. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1975, n^o 27, p. 13 ; J.-P. GRIDEL, « La motivation aux défis de la modernité- Entre charybde de l'hermétisme et le Scylla du bavardage » in *La semaine juridique générale*, n^o 5, 3 fév. 2020, doct. 141.

le juge dévoile à la société l'essence et le sens même de son raisonnement.

L'étude se cantonnera à la juridiction constitutionnelle⁴⁵ dans l'ensemble de son office à savoir la constitutionnalité des lois, la garantie des droits et libertés fondamentaux et la régulation du fonctionnement des institutions⁴⁶ et de l'activité des pouvoirs publics⁴⁷. Ces développements réhabilitent le droit constitutionnel en lui restituant sa vraie dignité et sa vocation première⁴⁸ et font de la justice constitutionnelle une sorte de contre-pouvoir⁴⁹ d'où la nécessité de distinguer le fondement de la finalité, ces deux grandes figures de la théorie et de la philosophie du droit⁵⁰. Qu'est ce qui fonde l'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire et qu'elles en sont les finalités ?

On peut *a priori* formuler l'hypothèse selon laquelle ce qui fonde l'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles c'est, au-delà des données empiriques que sont la loi et de la conscience, la quête ardente de la justice juste qui anime le juge et qui contribue à la construction de l'Etat de droit. Si le besoin de justice est partout le même, il est encore plus

45 G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 575-586 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », in *Mélanges Bézard*, 2002, p. 40.

46 L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDJ*, 1967, pp. 5-120.

47 Il faut entendre par juridiction constitutionnelle : « celle qui connaît de l'ensemble de l'activité des pouvoirs publics au regard de la Constitution... », F. RUBIO LLORENTE, *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe, Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, Vol. XII, *Économica*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1997, p.11.

48 I. M. FALL, (*dir.*), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, Credila, 2008, p. 22.

49 F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p.

50 J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2003, 373 p.

prégnant pour le juge constitutionnel en raison de la proximité de sa décision aux libertés fondamentales garanties par la Constitution. L'intérêt sera dès lors décliné au double point de vue de la théorie que de la pratique.

Au plan théorique, l'obligation de motivation, au-delà de ses vertus pédagogiques, vient donner une portée juridique à la *théorie de la décision*⁵¹. A ce titre, l'étude contribue à l'enracinement dans l'ordre constitutionnel des Etats d'Afrique concernés d'une « *force de principe de motivation* »⁵² ou d'un droit à la motivation⁵³ que le justiciable pourrait invoquer devant le juge constitutionnel en cas de violation. La motivation des décisions constitutionnelles telle que pratiquée en Afrique noire, évoque les limites de la « *greffe* »⁵⁴ constitutionnelle des droits européens vers les droits africains. Elle traduit une « *revanche* »⁵⁵ de la justice constitutionnelle liée à l'inadaptation des solutions exogènes entraînant un processus « *d'endogénéisation des standards constitutionnels* »⁵⁶ en Afrique.

51 R. KAST, *La théorie de la décision*, Nouvelle édition, Paris, *La découverte*, 2002, 120 p.

52 J. LEROY, « La force du principe de motivation », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *La motivation*, t, III, 1998, p. 35.

53 D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », in *IVème Congrès français de droit constitutionnel*, Université d'Aix-Marseille, 10, 11 et 12 juin 1999, pp. 22-23.

54 J. F. MENY, (dir.) *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, l'Harmattan, 1993, J. du B. de GAUDUSSON, « Le mimétisme post colonial, et après ? », in *Pouvoirs* n° 129, 2009, p. 45.

55 P. AVRIL, « Une revanche du droit constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 5 ; Voir, G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956.

56 F.-J. AÏVO, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Edition l'Harmattan, 2014, p. 744.

En outre, la motivation peut servir de ciment à l'affermissement du dialogue des juges⁵⁷ car, d'une motivation à l'autre⁵⁸, la réception⁵⁹ d'un droit étranger⁶⁰ fait du droit constitutionnel un *droit connecté*⁶¹.

Du point de vue pratique, c'est même « une anomalie démocratique »⁶² qu'une décision de justice ne soit pas motivée. Le fait qu'un juge s'inspire de la Constitution, des lois organiques, des traités et conventions internationaux pour rendre une décision non motivée est une véritable hérésie juridique⁶³, un retour à la justice retenue.

La motivation du juge donne une consistance à la décision rendue aussi bien en fonction des contraintes normatives qu'en raison de ses préférences morales ou idéologiques. Elle doit cesser d'être une allusion voire une illusion, car la justice doit rendre des comptes au citoyen. Par des décisions claires, la motivation démontre la qualité du raisonnement et, par voie de conséquence, conforte l'indispensable consensus unissant les citoyens et leur

57 B. GENEVOIS (CE, Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit, 22 décembre 1978, Rec. Lebon, p. 524.) ; D. SIMON « Dialogue des juges et droits de l'homme : en 2014, j'écris ton nom ? », Europe, 2014/1, p. 1.

58 J. B.- PERRIER, « D'une motivation à l'autre (à propos de la décision 2011- 113-115) QPC du Conseil constitutionnel du 1^{er} avril 2011 », D. 2011. 1156.

59 F. HOURQUEBIE, « La réception des décisions étrangères », disponible sur http://www.ahjucaf.org/La_reception-des-decisions-htlm, consulté 27 le février 2020.

60 J.-C. TCHEUWA, « *Droit constitutionnel étranger* », RFDC, 2011, n° 86, pp. 1-29.

61 D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} éd. LGDJ, 2016, p. 782. La société devient le nouvel objet de la Constitution et la *démocratie continue*, la nouvelle démocratie.

62 A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in A. SALL et I. M FALL (dir.), *Mélanges Babakar KANTE, Actualité du droit public et de la science politique en Afrique*, pp. 285-295. (spec. p. 288).

63 L'expression est empruntée à EL Hadj MBODJ, *La succession du Chef d'État en droit constitutionnel africain*, Thèse pour le de doctorat d'État en droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 536 p.

système juridique⁶⁴. Ce raisonnement contribue à démotiver *l'imperatoria brevitatis*⁶⁵ qui est un frein véritable à l'expansion de l'obligation de motivation.

Le cadre choisi donne à l'étude une résonance singulière. Une étude comparative de la manière de motiver des juridictions constitutionnelles dans les systèmes francophone et anglo-saxon⁶⁶ paraît originale et nous situe sur l'évolution de la justice constitutionnelle dans ces espaces juridiques. Quelques pays issus de ces systèmes tels la Tanzanie, la République de Maurice, l'Afrique du Sud, le Sénégal, le Gabon, le Bénin et le Cameroun serviront d'échantillons. Ces choix se justifient par le fait que les Etats ciblés poursuivent un même objectif à savoir la bonne administration⁶⁷ et l'indépendance de la justice constitutionnelle.

Il conviendra de rechercher les composantes de l'élaboration d'une théorie de la motivation des décisions constitutionnelles à partir des institutions⁶⁸, des normes⁶⁹ et des pratiques constitutionnelles⁷⁰. Pour le faire, deux approximations sont possibles à savoir la déclinaison des fondements d'une part **(I)** et d'autre part la recherche des finalités **(II)**.

64 P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome III, Limoges-1998, LGDJ, pp. 23- 35.

65 Expression selon laquelle les arrêts n'ont pas besoin de persuader car leurs solutions ont force de loi.

66 C. WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *RIDC* 1969, vol. XXI, p. 779.

67 J. ROBERT, « La bonne administration de la justice », *RJDA*, numéro spécial du 20 juin 1995, p. 128.

68 M. HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 2^e série, t. 2, 1906, pp.134-182 ; S. ROMANO *L'ordre juridique*, tr.fr. de la 2^e édition de *L'ordinamento giuridico* (1946) par L. FRANÇOIS et P.GOTHOT, Dalloz, 1975, p. 21 sq. et p. 25 sq.

69 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 604 p.

70 K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC* n° 90, 2012/2, pp. 57-85.

I- LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION

Le juge constitutionnel africain se présente de nos jours comme étant le gardien de la norme⁷¹ et l'« olacale vivant »⁷² de la démocratie constitutionnelle⁷³. A ce titre, il puise les arguments de sa motivation dans le droit naturel que l'on qualifie de métajuridiques (A) et dans le droit positif que l'on pourrait considérer comme juridiques (B)

A-LES FONDEMENTS META-JURIDIQUES

Les fondements métajuridiques⁷⁴ mettent en relief deux valeurs fondatrices du droit : la justice et la dignité. Mais la principale valeur poursuivie par le droit est bien entendu la justice⁷⁵. Il s'agit d'une justice pas exclusivement *procédurale*⁷⁶, mais également d'une justice substantielle, à la fois éclairée (1) et impartiale (2).

71 C. MOMO, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, 2017-1, p. 405.

72 Selon cette formule de W. BLACKSTONE, *Commentaire on the law of England*, 1765-1769, vol. I, p. 69.

73 B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : Succès et résistances », in *La démocratie en Afrique*, *Pouvoirs* n°129, p. 18 et s.

74 Il s'agit des éléments qui ne sont pas tirés du droit positif et dont la source commune est le droit naturel. F. QUESNAY (1694-1774), « Le droit naturel », in *Journal d'agriculture*, septembre 1765, p. 1.

75 Il s'agit, selon la célèbre formule du *Digeste*, d'attribuer à chacun ce qui lui revient (*summ cuique tribuere*). Dans sa célèbre *Ethique à Nicomaque* (écrite en 355 av. J.C.), Aristote distinguait principalement deux types de justice : la justice distributive et la justice réparatrice, corrective ou encore commutative.

76 J. RAWLS, *A theory of justice*, Havard Univ. Press, 1971, Trad. fr. C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, 560 p.

1- La nécessité d'une décision éclairée

C'est la procédure juste qui garantit la justice du résultat⁷⁷. La conception téléologique⁷⁸ de la motivation est une garantie qui profite à toutes les parties au procès. Elle est une garantie aux finalités considérables, pour tous les acteurs du commerce juridique.⁷⁹

Cependant, elle obéit à un certain nombre d'exigences : celle de précision, de clarté, de qualité⁸⁰, de prévisibilité⁸¹, de sincérité⁸², d'accessibilité et d'intelligibilité⁸³ qui sont aujourd'hui considérées comme des composantes de la sécurité juridique⁸⁴ s'imposant de ce fait aux législateurs et au juge constitutionnel lui-même⁸⁵. Ces référents dégagés par la doctrine et le juge contribuent à la compréhension plus large de la décision rendue

77 M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*. Cours et méthodologie, PUF 1^{er} éd. 2009, p. 143 p.

78 Selon le Petit Larousse illustré en 2004, la *téléologie* renvoie à l'étude des fins, de la finalité. Il s'agit par ailleurs d'une doctrine philosophique selon laquelle toute chose, toute forme à une finalité. p. 1128.

79 M. NGANGO YOUMBI, « L'obligation de motivation des actes administratifs au Cameroun », op.cit. p. 593.

80 Sur la notion, lire E. ABANE ENGOLO, « La notion de qualité du droit », *Revue africaine de droit et de science politique*, Vol. I, n° jan.-juin, 2013, pp. 83-110. L'auteur classe la sécurité juridique au rang des attributs de la norme de qualité au côté des attributs de l'ordre normatif de qualité ; F. de Paul TETANG, « À propos de la qualité des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2016/4, p. 36.

81 V. MARINESSE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, Thèse 2007, Université Paris-X-Nanterre UFR de sciences juridiques, administratives et politiques, <http://tel.archives-ouvertes.fr/00/62/46/PDF/VITOTHESE1>, consulté le 10 mars 2020, p. 500.

82 O. KHOUMA, « La sincérité du scrutin présidentiel devant les juridictions constitutionnelles africaines (Les exemples du Benin, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal) », *Afrilex*, mai 2013, in <http://afrilex.ubordeau4.fr/> consulté le 10 fév. 2020 à 20h 06.

83 P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005/ 3 n° 114, p. 131.

84 G. POUGOUE, « Les Figures de la sécurité juridique », *Revue africaine des sciences juridiques* Vol 4, n° 1, 2007, pp.1-8.

85 Décision n° 31-HCC/ D3 du 16 octobre 2015 de la Haute Cour constitutionnelle malgache. Le juge motivera sa décision de la façon suivante : « (...) dans l'exercice de l'élaboration et de la rédaction de la loi, le législateur demeure soumis à l'exigence de précision et de clarté dans les expressions qu'il utilise, et que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi impose d'édicter des normes cohérentes, suffisamment précises afin de prémunir les sujets de droit contre les applications contraires à la Constitution ».

c'est-à-dire à toute personne intéressée, justiciable ou non, juriste ou non, nationale ou étrangère⁸⁶.

La motivation imprécise ou la mauvaise manière de motiver la décision rend difficile l'appréciation du raisonnement⁸⁷ et affecte sa bonne exécution.

Par ailleurs, l'exigence de clarté contribue à la modernisation de la motivation qui se manifeste par l'abandon de sa forme lapidaire⁸⁸ et le renforcement de l'intelligibilité, de la lisibilité de la décision par une abondance des considérants⁸⁹.

A la lecture de nombreuses décisions rendues par les Cours constitutionnelles africaines, les juges progressivement font entrer dans leurs motifs des éléments déterminants à la fois économiques, sociologiques, culturels ou moraux leur permettant d'éclairer leur prise de position. On peut citer les composantes sociologiques intégrées par la loi n° 2012 /001 du 19 avril 2012 portant code électoral camerounais⁹⁰.

86 J.-P. GRIDEL, « La motivation aux défis de la modernité (...), *op. cit.* p. 10.

87 C. S. DJUITCHOKO, « Contrôle de la motivation des actes unilatéraux au Cameroun », *RJP*, 2014-2, p. 205.

88 Les critères de fond et de forme d'origine jurisprudentielle, sont presque identiques qu'ils soient dégagés par le juge constitutionnel ou administratif : « *la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. Elle doit être aussi explicite et complète que possible* » ; *CS/CA, Jugement n° 56 du 26 Juin 1995, BACKINY YETNA Prosper c. Etat du Cameroun.*

89 C. MAXIME, « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du conseil constitutionnel », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Études et réflexions, 2017, n°1, p.4.

90 Art. 218 (3) de la Loi n° 2012/ 001 du 19 avril 2012 portant Code électoral. La constitution de chaque liste doit tenir compte des différentes composantes sociologiques dans la région, du genre.

Le juge pour éclairer sa décision s'inspire de la loi et de sa conscience⁹¹. Pour la doctrine africaine, le couple loi et conscience participe à renforcer l'indépendance des magistrats du siège, et à rappeler que l'administration de la justice implique nécessairement le respect et « *l'application de la loi en conscience par le juge* »⁹².

Malgré la pertinence de ce point de vue, on peut dire qu'il ne s'agit pas toujours d'une *loi en conscience* mais aussi d'une *conscience au-delà de la loi*, d'une conscience naturelle sans aucune emprise législative ou même du juridisme.

Pour éclairer ce raisonnement, on peut se référer à la décision du juge constitutionnel sénégalais dans laquelle ce dernier, après une série de cas d'incompétence négative⁹³, accepte de statuer sur un projet portant lois de révision de la Constitution⁹⁴. Il rappellera que dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il ne tire ni de la Constitution, ni de la loi organique qui fixe ses attributions, la prérogative de statuer sur les lois portant révision de la Constitution ; « en revanche, il a toute latitude pour exercer un contrôle minimum sur le projet de révision qui lui

91 J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, ouvrage coll., PUF, 1999, p. 67 et s ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », D. 1999, Cron., p. 195.

92 A. AKAM AKAM « Le juge entre la loi et la conscience », *op. cit.* p.7.

93 Le cas le plus récent est tiré de la *Décision n°1-C-2019, affaire n°1-C-19*. Cette expression renvoie au fait pour le juge ou le législateur de rejeter une compétence qui normalement relève de son ressort.

94 Il faut rappeler que tout part de la lettre du Président de la République où il demande au Conseil d'examiner la conformité du projet de révision constitutionnelle « à l'esprit général de la Constitution du 22 Janvier 2001 et aux principes généraux du droit ». La confrontation du projet à *l'esprit général* est un raisonnement subjectif.

est soumis »⁹⁵. On peut en déduire que le juge s'est inspiré des compétences non écrites⁹⁶, en référence aux normes non écrites⁹⁷ qui relèvent de la sagesse⁹⁸ et de la prudence⁹⁹.

En outre, le juge peut recourir à des usages¹⁰⁰ qui contribuent à l'enrichissement du texte ou au comblement des lacunes législatives¹⁰¹. Le juge constitutionnel, par sa motivation, comble les silences du législateur et, par conséquent, protège les droits fondamentaux par une exigence de clarté de la loi¹⁰².

A rebours, sa motivation doit être expurgée des tournures inappropriées, des maladresses de style. C'est dire que si le juge

-
- 95 *Décision n° 44/98 du 09 octobre 1998*, Suppression de la limitation des mandats présidentiels et du quart bloquant in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, Dakar, CREPOS, 2008, pp. 213-215, note I. DIALLO ; *Décision n° 53/ 98 du 9 octobre 1998*, Suppression de la limitation des mandats présidentiels et du quart bloquant ; *Décision n° 75/ 2000 du 9 novembre 2000*, Sollicitation de l'avis du Conseil constitutionnel sur le projet de loi constitutionnelle devant être soumis au référendum. *Les Décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais op. cit.* p. 318. Note A. SALL. Le juge déclare qu'il « ne peut examiner ni l'aspect politique, ni l'aspect de la constitutionnalité des dispositions du projet de Constitution. Mais sous l'angle du droit en général, il peut faire quelques observations tendant à améliorer le texte du projet de constitution ».
- 96 A. A. D. KEBE, « les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des États de l'Afrique noire francophone », in A. SALL et I. M. FALL (dir.) *Actualité du droit public et de la science politique en Afrique, Mélanges Babacar KANTE*, L'harmattan-Sénégal, 2017, p. 427.
- 97 P. AVRIL, *Les conventions de Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997, p.1.
- 98 X. THUNIS, « La sagesse du juge : le devoir avant la vertu », *Ethique publique*, vol. 3, n° 2/ 2001, adresse : <http://journal.s.openedition.org/ethiquepublique/> 2514, consulté le 10 mars 2020 à 02 : 5 ; G. CORNU, « Libre propos sur la jurisprudence », in G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF., 1998, p. 174,
- 99 Art. 1353 du Code civil français : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du juge ». Les lois sont depuis 1804 les actes de sagesse, de justice et de raison.
- 100 D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989.
- 101 D. RIBES, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 9/ 2000*, p. 122.
- 102 A. A. D. KEBE, « les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle... », *op. cit.* p. 438.

constitutionnel peut procéder à la correction des textes législatifs comme l'a fait le juge béninois¹⁰³, en revanche, le législateur est tenu de l'éclairer lorsqu'un texte a connu des manquements dans sa forme rédactionnelle¹⁰⁴.

Enfin, la psychologie du juge est un élément capital de compréhension de l'orientation d'une motivation. Pour mieux comprendre une motivation, « il faut non seulement rechercher quelles normes [le juge] applique, mais aussi à quel parti politique il appartient ou quelle église il fréquente »¹⁰⁵. Par exemple, l'exigence d'unité et de solidarité est une création du juge suprême nigérian. Ce dernier, en délaissant la lettre de la Constitution au profit de son esprit en ce qui concerne l'unité au sein du pouvoir exécutif, a décidé que le vice-président en poste ne doit pas critiquer ouvertement le président de la République encore moins intégrer les rangs d'un parti politique d'opposition ou s'engager dans une campagne pour l'élection présidentielle alors qu'il est en poste¹⁰⁶. Dès lors, les Cours juridictionnelles parce que « *régulatrices [de la société], devraient non seulement*

103 Dans une série de décisions, le juge rappelait au législateur que le terme « *remplacement* » était « *impropre* » et devrait être substitué par « *renouvellement* » ; qu'il fallait écrire « *exprès* » au lieu de « *express* », « *force publique* » au lieu d'« *autorité de police* », « *cabinet* » au lieu d'« *étude* ». *Décision, DDC 96-010 du 24 Janv.1996, Président de la République ; Décision DCC 95-027 du 02 août 1995, Décision DCC 95-016 du 14 mars 1995, Président du CES, Décision DCC 09- 120 du 06 octobre 2009, Président de la République ; in N. MEDE, Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin, op. cit. p. 346.*

104 Conseil Const. Sénégalais, *Décision n°2-C-2019, Affaire n°2-C-19* ; « Considérant que les modifications apportées à l'article 115 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale consistent à remplacer, d'une part, le terme « *parlementaire* » par celui de « *député* » et, d'autre part, les termes « *conseil municipal* », « *conseil rural, départemental ou d'arrondissement* » par l'expression « *organe délibérant d'une collectivité territoriale* ».

105 M. TROPER, *La philosophie du droit*, paris, LGDJ, 2003, p. 129.

106 Cour suprême du Nigeria, Arrêt S.C 31/ 2007 du 20 avril 2007. « Ces incompatibilités non prévues par la constitution sont [selon le juge] attentatoires à des libertés fondamentales mais logiques par rapport à l'exigence d'unité et de solidarité. L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle op.cit.* pp. 116-122.

bien décider, mais encore expliquer en toute clarté [l'impartialité qui entoure] leur décision »¹⁰⁷.

2- La nécessité d'une décision impartiale

« Ce qu'il y a d'essentiel dans la fonction de juger, c'est que le juge est complètement extérieur au litige »¹⁰⁸. Fondée sur l'indépendance, l'impartialité¹⁰⁹ est ainsi de l'essence même de la fonction de juger. Même si cette notion a été reprise par les Constitutions¹¹⁰ et les Conventions¹¹¹, elle est avant tout une composante de la justice naturelle. Les garanties d'indépendance bien qu'encore fragiles en Afrique¹¹², permettent au juge d'exercer avec sérénité et impartialité ses attributions¹¹³. La diversité de sa

107 J. RIVERO, *Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice*, D. 1954, Cron 157.

108 G. WIEDERKEHR, « Qu'est ce qu'un juge ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? op. cit.* pp. 582-583.

109 L'impartialité s'entend de « l'absence de parti pris, de préjugés, de préférences, d'idées préconçues ». V. Dictionnaire *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1994, p. 544.

110 L'impartialité a été constitutionnalisée respectivement par les lois fondamentales du Bénin (Constitution du 11 décembre 1990), en ses articles 125, 126, du Sénégal (Constitution de 22 Janvier 2001) en ses articles 92, 94 alinéas 3, 4 et 5 et l'article 95 et celle du Togo (Constitution du 14 octobre 1992) en ses articles 112, 113, 114, 115 et 116. Il en de même des lois organiques par exemple l'article 7 de la loi béninoise n° 91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

111 Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : « toute personne à droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement (...), par un tribunal indépendant et impartial... ».

112 F.-J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, 2012, p. 141. La suppression en 2018 de la Cour constitutionnelle aux Comores, a confirmé la fragilité de l'indépendance des juges constitutionnels en Afrique ; J. COLOM et D. MICHEL, « Justice constitutionnelle et droit constitutionnel dans l'Union africaine : Le cas de la République de Maurice (Janv.-juin 2019) », *RFDC*, 2020/2 n° 122, pp. 477-488.

113 L'expérience canadienne est édifiante. Les juges des Cours supérieures sont nommés par le Gouverneur général mais ne peuvent être révoqués par ce gouverneur que sur adresse du Sénat et de la Chambre des Communes. Leurs salaires sont fixés et payés par le Parlement du Canada. *Articles 96 à 100 des lois constitutionnelles canadiennes de 1867 à 1982*.

composition¹¹⁴, la publicité de la procédure, le respect du principe du contradictoire¹¹⁵ sont autant d'éléments lui permettant de motiver sa décision si non de façon impartiale du moins avec une apparence d'impartialité.

Quand le juge ne motive pas, il met en doute les critères d'indépendance et de transparence qui sont les supports traditionnels de la justice¹¹⁶. En revanche, celui qui motive montre qu'il statue en droit et pas sous l'effet d'autres considérations telles que ses propres opinions politiques ou son intérêt en tant que juge ou en tant que personne.

Ainsi, le juge qui cherche à rendre justice prend en compte l'équité, envisage les conséquences éventuelles de la décision qu'il va rendre, utilise ses émotions plus que son savoir juridique¹¹⁷. A ce moment, il interprète les textes et les précédents de telle sorte qu'ils produisent des effets souhaitables, car « *où la raison s'arrête, là s'arrête la règle* »¹¹⁸. On comprend donc aisément que l'impartialité est l'une des qualités essentielles que devrait posséder un juge car « *avant d'opiner dans une quelconque*

114 P. WACHSMAN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n°5, 2010, pp. 20-21. On y trouvera les juristes, les anthropologues, les sociologues etc. P. CASTERA, *Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2015, 640 p. ; D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 298.

115 Consacrée dans le système anglo-saxon, la procédure contradictoire est d'application mitigée dans le système romano-germanique. Au Gabon, l'article 85-3 de la Constitution dispose : « *La Cour constitutionnelle statue, selon une procédure contradictoire dont les modalités sont fixées par la loi organique* ». Au Sénégal, la procédure est facultative. En effet, selon l'article 12 de la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel modifiée en 1999, « la procédure devant le Conseil constitutionnel n'est pas contradictoire ».

116 C. MOMO, « La rédaction de la décision de justice administrative au Cameroun », *inédit, op.cit.* 29 p.

117 W. MASTOR, « La motivation des décisions des Cours constitutionnelles », *op.cit.* , p. 242.

118 K. N. LLEWELLYN, « On the Recapture of the Grand Tradition », in *Jurisprudence: Realism in Théoriy ans practice*, *The University of Chicago*, 1962, p. 217.

*affaire, il doit être assuré qu'il n'existe au fond de son cœur ni passion, ni affection particulière pour aucune des parties »*¹¹⁹.

Lorsqu'un juge manque à l'obligation d'impartialité, « [ses] décisions sont insuffisamment motivées et il est difficile de percevoir les lignes d'une politique jurisprudentielle »¹²⁰. Une lecture des récentes décisions du Conseil constitutionnel burkinabè permet de conclure à l'insuffisance de la motivation des décisions constitutionnelles¹²¹.

Cependant, l'impartialité est très souvent écornée par la proximité avec le politique, ce qui est de nature à mettre en doute la liberté du juge et par conséquent l'équité du procès. On en déduit que l'impartialité est à la fois une question juridique et politique¹²².

A ce titre, malgré la force de la chose jugée attachée aux décisions des juges constitutionnels africains, une bonne partie de ces décisions est remise en cause¹²³. L'incapacité du juge constitutionnel à imposer ses décisions, son impuissance à

119 S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, 1998, p. 8.

120 F. MELEDJE DJEDRO, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2012, pp. 382- 397, (spec. p. 22).

121 Il s'agit des décisions du Conseil Constitutionnel du Burkina, n°2017-013/CC, n°2017-014/CC, n°2017-015/ CC du 9 juin 2017. Les commentaires faits par Séni OUEDRAOGO sont parus dans le Journal *l'Évènement* aux numéros 352 du 25 juin 2017 et 353 du 10 juillet 2017 sous le titre « Lecture rapide des décisions rendues par le conseil constitutionnel dans l'affaire du procès du gouvernement TIAO ». D.-T. YONLY, « La motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique de l'Ouest francophone », *op. cit.* p. 162.

122 D. G. LAVROFF, « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la Ve République », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 23 à 46 ; L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit, alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988. Lire ces décisions du Conseil constitutionnel ivoirien, Décision n° CI-2011-EP-036/0405/CC/SG portant proclamation de M. Alassane Ouattara en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire, 4 mai 2011 et Décision n° CI-2010-EP-34/03-12/CC/SG portant proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 nov. 2010, 3 déc. 2010.

123 A. ADELOUI, « L'autorité de la chose jugée par les juridictions constitutionnelles en Afrique », *RTSJ*, 2012, n° 002, p. 54 ; D. ADOUKI, « Contributions à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC* n° 95, 2013, p. 611-638.

les faire aboutir, l'absence de sanction à l'égard de l'auteur de la violation montrent la frilosité du juge¹²⁴. L'environnement sensible dans lequel baigne la fabrication des décisions de justice constitutionnelle peut expliquer une insuffisante motivation.

Par ailleurs, l'ambiguïté du discours juridictionnel complique aussi l'analyse. Si la motivation émane d'un juge unique, l'organe fait entendre la voix de la personne qui le compose, mais si la motivation émane d'un collègue, le secret du délibéré¹²⁵ empêche de savoir si la voix de ses membres est dans la motivation ou si, en cas de partage, les voix dissidentes minoritaires y ont malgré tout quelque écho¹²⁶. Qu'il juge seul ou en collégialité, la motivation fait du juge constitutionnel un juge exceptionnel en raison de l'influence qu'a ou peut avoir sa décision sur la société¹²⁷.

Par ailleurs, l'impartialité n'est pas un donné mais un construit¹²⁸ et le discours juridictionnel tire son nom et ses caractères de celui qui l'émet¹²⁹. Si la justice constitutionnelle a une nature politique, elle se doit de s'émanciper à partir de la motivation de ses décisions¹³⁰. L'impartialité fait désormais partie des exigences de

124 C. MOMO, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, 2017-1, p. 421.

125 Le délibéré est le cœur de la décision juridictionnelle ; il a pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions, CE, 17 novembre 1922, Légiillon, Rec., p. 849.

126 Sur ces différents concepts, Lire R. NEMEDEU, « Que reste-t-il du secret des délibérés après la consécration de la communication des opinions minoritaires ? », (Analyse au regard de l'article 8 alinéa 3 de la loi n° 2006/ 015 du 29 déc. 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun), *RTSJ*, Janv.-déc.2013, n° 5, pp. 20-26.

127 P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre ? » *Dalloz*, 2005, p. 115.

128 C'est au juge constitutionnel de garantir son effectivité. *CS/ Etats-Unis, Arrêt Marbury v. Madison*, 24 fév. 1803, E. ZOLLER, *Les grands arrêts des Etats Unis*, coll. *Les Grands arrêts*, Dalloz, 1^{ère} éd. 2010, pp. 1-28.

129 G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd. Montchrestien, 2000, 443 p.

130 F. WODIE, « Les garanties de l'indépendance du juge constitutionnel », Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), *Le statut du juge constitutionnel*, Actes de la sixième conférence des Chefs d'institution de l'ACCPUF, Niamey, Niger, 3-4 nov.2011, Bulletin n°10, déc.2014, p. 69..

fond de la motivation. A ce titre, elle doit être suffisante, concise et circonstanciée. L'inobservation de ces exigences est sanctionnée ailleurs et est constitutive d'excès de pouvoir¹³¹.

Dès lors, la motivation de la décision de justice concourt à lever le soupçon de partialité surtout en cas de décision défavorable ou simplement incomprise du grand public.

A ce titre, saisie pour statuer en dernier ressort au sujet d'une requête aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi électorale se rapportant à l'accès à la justice, les principes d'interprétation constitutionnelle ont amenés la « Court of *appel* » tanzanienne à dégager ce qu'elle considère comme étant « les trois piliers fondamentaux » sur lesquels repose la Constitution. Il s'agit de l'Etat de droit, de l'indépendance, de l'impartialité et de l'accessibilité de la justice¹³².

La figure du tiers impartial doit se traduire à travers la rédaction de ses décisions, parce que la motivation est « l'impartialité qui se donne à voir »¹³³. Elle a été reprise par le droit positif et en l'occurrence la Constitution par l'obligation de *neutralité* et de *réserve*¹³⁴.

131 A ce sujet, le juge administratif camerounais est resté constant : il « (...) est de principe que toute décision administrative doit être motivée. (...) il en résulte que l'insuffisance de motifs équivaut au défaut de motifs (...) cette insuffisance de motifs est un vice de forme constitutif d'excès de pouvoir », CS/CA, Jugement n° 17/ 2011 du 12 Janv. 2011, Jean Bosco TALLA c/ Etat du Cameroun; CS/CA ; Jugement n°116 du 13 avril 2011, NGA Joséphine c/ Etat du Cameroun (MINESEC).

132 *Cour d'Appel de Tanzanie, Affaire Ndynabo v. Attorney General. Civil Appeal n° 64 of 2001 du 14 fév. 2002.*

133 M.-A. FRISON – ROCHE, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 3.

134 On trouve ces obligations généralement dans les dispositions sacramentelles contenues dans les Constitutions. V. Art. 90 de la Constitution gabonaise de 1991 modifiée en 2011 ; « Je jure de remplir consciencieusement les devoirs de ma charge dans le strict respect de ses obligations de neutralité et de réserve... ».

B- LES FONDEMENTS JURIDIQUES

Dans la majorité des systèmes juridiques, le juge tire sa motivation de ce que la doctrine qualifie de « *source instituée* »¹³⁵ du droit. Cette dernière sera désignée ici d'une part par les normes nationales (1) et d'autre part, par les normes internationales (2).

1- Les normes nationales

La Constitution n'est plus seulement la loi qui définit les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, elle participe également à l'attribution des compétences aux juridictions constitutionnelles¹³⁶.

Les dispositions constitutionnelles de certains Etats étrangers¹³⁷ permettent de mesurer l'apport de la Charte fondamentale au développement de l'obligation constitutionnelle de motiver. A l'analyse, les motivations des juges relevant du système anglo-saxon mettent en exergue le droit comparé et la sauvegarde de la suprématie constitutionnelle.

La démarche retenue par le juge sud-africain dans *l'affaire Exécutif Council de western Cape contre le président de la République* et autres est à ce titre indicative. Le juge convoque la Constitution et les expériences des Etats étrangers tels que le Canada, les Etats-Unis et l'Australie pour vérifier, d'une part, s'il

135 M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, PUF 1^{er} éd. 2009, 285 p.

136 DCC, 6 nov. 1962, n°62-20 DC à propos du contrôle de constitutionnalité d'une loi référendaire en France : « considérant que la compétence du conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ».

137 Il s'agit de la Constitution du Portugal du 2 avril 1976 en son art. 05-1 : « Les décisions des tribunaux autre que de simple gestion des affaires courantes sont motivées dans les formes prévues par la loi. » et de l'Espagne du 27 déc. 1978, art. 120-3 : « *Les jugements seront toujours motivés (...).* »

y a eu abus de pouvoir de la part du président de la République, d'autre part, si la législation déléguée est inconstitutionnelle. A cet effet, il tient le raisonnement suivant : « En vertu de la suprématie de la Constitution, la souveraineté *parlementaire est conditionnée par le respect de la Constitution sud-africaine, laquelle ne donne pas au parlement le pouvoir de déléguer la législation à l'exécutif* »¹³⁸.

Dans un contexte similaire, le juge suprême nigérian, en s'inspirant de son homologue indien, décide qu'il faut s'en tenir à une approche littérale ou positiviste pour interpréter la Constitution sans préjudice de la prise en considération de l'approche libérale ainsi que des circonstances sociales et des faits historiques¹³⁹.

En effet, les règles « de droit d'origine juridictionnelle »¹⁴⁰ sont énoncées par le juge constitutionnel dans une première décision, qui a valeur de précédent. Ensuite, elles se cristallisent au moyen de la motivation reprise par les décisions subséquentes, dont la filiation, expresse ou implicite, avec la décision-mère apparaît dans les visas ou dans le dispositif¹⁴¹.

138 Lire le raisonnement du juge Chaskalson dans l'affaire *Cour constitutionnelle d'Afrique du sud, Affaire Exécutive Council de Western Cape, du Premier ministre de Western Cape et autres c. le Président de la République, le Ministre des Affaires Provinciales et du développement Constitutionnel et autres*. L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice*, op. cit., pp. 48-73.

139 Cour suprême du Nigeria, Arrêt S.C 31/ 2007 du 20 avril 2007. Dans l'arrêt qu'il rend, le juge fait montre d'un positivisme juridique en s'affranchissant des considérations extra-juridiques, et des faits politiques. Il refuse de considérer la détérioration des relations politiques entre le Président O. OBASANJO et le Vice-président A. BUBKAR comme étant une cause d'ouverture de la vacance de la position de Vice Président au motif que la Constitution n'a pas confié au Président le pouvoir de démettre le Vice-président ; seule l'Assemblée Nationale peut initier à l'encontre de ce dernier une procédure d'impeachment en cas de mauvaise conduite.

140 F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, Méthode du droit, 1991, p. 82.

141 D. E. ADOUKI, « Le pouvoir normatif des juridictions constitutionnelles en Afrique », in M. ONDOA et E. ABANE (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, l'Harmattan, 2018, pp. 96-117.

Le constat que l'on peut tirer est la déférence des juges anglo-saxons à la Constitution et aux expériences étrangères d'où la consolidation avancée de la justice constitutionnelle dans ces espaces juridiques alors qu'elle est encore timorée dans certains Etats d'Afrique francophone¹⁴². On peut en déduire que le style de motivation ¹⁴³ façonne l'identité de chaque juridiction constitutionnelle. Ces juridictions sont donc sources de « normativité jurisprudentielle »¹⁴⁴ qu'elles puisent, soit dans les constitutions, soit dans les lois organiques, comme l'atteste un avis du juge constitutionnel nigérien¹⁴⁵.

Pour ce qui est des sources législatives, le recours aux lois organiques s'est fait de façon progressive. Le système judiciaire camerounais par exemple fait progressivement de la motivation une obligation légale¹⁴⁶et réglementaire¹⁴⁷.

En droit comparé, les situations apparaissent encore plus contrastées pour ce qui est des fondements constitutionnels ou

142 J.-F. WANDJI K., *La justice constitutionnelle au Cameroun*, Edition MENAIBUC, 2015, 242 p. J.-F. WANDJI. K., « Les zones d'ombre du constitutionnalisme en Afrique », *Politèia*, numéro 12, 2007, p. 436.

143 C. R. WEBER, *Le style de motivation des décisions du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, Thèse de doctorat en Philosophie du droit, Ecole doctorale histoire du droit et sociologie du droit (Paris 2), 2018, p. 43.

144 J. PINI, « Simples réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *CCC*, n°6, juillet. 2008, p. 5.

145 Dans un avis mémorable dont l'audace vaudra la dissolution du parlement et celle de la Cour constitutionnelle elle-même, celle-ci a jugé sur un ton péremptoire qu'ayant « juré de respecter et faire respecter la Constitution que le peuple s'est librement donnée », le Président « ne saurait engager ou poursuivre le changement de la constitution sans violer son serment. ». *Avis numéro 2/CC du 25 mai 2009*, Cour constitutionnelle du Niger.

146 Art. 7 de la loi n° 2006 /05 du 29 déc. 2006 portant organisation judiciaire : « toute décision judiciaire est motivée en fait et en droit. L'inobservation de la disposition entraîne nullité d'ordre publique de la décision ».

147 *Décision n° 01/CC du 17 juillet 2019* portant adoption du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel camerounais. Art. 3 (1) : *Les décisions et avis du Conseil Constitutionnel sont motivés.*

législatifs de la motivation¹⁴⁸. Certes, le principe d'une obligation est de moins en moins contrarié, mais reste que dans les ordres constitutionnels des Etats africains, la motivation a pour principale source la loi organique¹⁴⁹ alors qu'ailleurs le fondement oscille entre le niveau organique¹⁵⁰, législatif¹⁵¹ et réglementaire¹⁵². Une exception remarquable est tirée de l'article 227 de la Constitution de la République du Cap vert qui impose aux juges de motiver conformément à la loi¹⁵³.

Parlant des sources organiques¹⁵⁴, le législateur béninois se veut explicite lorsqu'il soumet toutes les déclarations de la Cour constitutionnelle à l'exigence de motivation¹⁵⁵.

Exceptionnellement, les juges constitutionnels camerounais¹⁵⁶ et sénégalais¹⁵⁷ vont s'inspirer des textes spécifiques, notamment du Code général des impôts, du code des collectivités territoriales et du Code électoral¹⁵⁸ pour motiver leurs décisions.

148 S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. CAUDAL, La motivation en droit public, *op. cit.*, pp. 3-6.

149 Art. 22 de la loi organique n°011-2000 du 27 avril 2000 relative au Conseil constitutionnel du Burkina Faso, article 16 de la loi organique n°2001-303 du 5 juin 2001 relative au Conseil constitutionnel de la Côte d'Ivoire, article 24 de la loi organique n°2016-023 du 23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel du Sénégal et l'article 4 de la loi de 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel au Cameroun.

150 Ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel en France.

151 Code de justice administrative français (CJA), art. L. 9.

152 CJF, art. 241-41, 2^e al. et R. 241-44, pour les chambres régionales des comptes.

153 Art 227 (1) de la Constitution de la République de Cap vert de 1999 : « *Les décisions des tribunaux doivent être motivées, conformément à la loi* ». Le constituant ne précise pas s'il s'agit de la loi organique ou ordinaire.

154 Le non respect d'une disposition de la loi organique encourt annulation de la requête. *Affaire YAKA NJIFAKO Simon (UDC) c/ Etat du Cameroun, Recours n° 70/ CEL du 23 juillet 2007, arrêt n° 83/ CEL du 07 août 2007.*

155 Articles 28, 37, 41 et 81 de la loi organique n°009 du 04 mars 1991 relative à la Cour constitutionnelle du Bénin modifiée par la loi du 31 mai 2001.

156 *Affaire Anicet EKANE (MANIDEM et Daniel SOH FONE) c/ ELECAM.*

157 *Décision n°1-C-2019 affaire n°1-C-19* ; séance du 25 avril 2019.

158 Conseil constitutionnel du Sénégal, *Décision n° 5-E-2019, Affaire n° 26-E-19*, séance du 21 mars 2019.

Le juge constitutionnel est ainsi tenu d'un pouvoir lié et non discrétionnaire de motivation par le fait qu'il s'inspire des lois organiques¹⁵⁹ qui font partie des normes visées¹⁶⁰ par les différents préambules des Constitutions¹⁶¹ d'une part et d'autre part parce que ce bloc a connu une forte excroissance de la part des juridictions constitutionnelles¹⁶². Il peut de ce fait, et avec l'onction jurisprudentielle¹⁶³, législative¹⁶⁴ ou doctrinale¹⁶⁵, admettre dans le bloc de constitutionnalité déjà suffisamment perméable le principe général de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles, notamment celles portant sur la

-
- 159 La loi organique fait partie de ce que la doctrine a appelé le bloc de constitutionnalité ou encore les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Sur l'extension du bloc et sa plasticité, lire Ch. DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997, 152 p. Selon le Doyen Alain ONDOUA, la plasticité du bloc de constitutionnalité est plus accentuée en Afrique francophone et fait douter de sa figure de bloc, en principe figée et inaltérable p.169. Pour une actualité française lire, A. ONDOUA, *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France. L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Poitiers, 1999, pp. 67 et s. V. également J. M. BLANQUIER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel », in *Mélanges J. ROBERT : Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 227-239.
- 160 A. R. TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française : recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 65, 2007, 688 p.
- 161 F. de Paul TETANG, « La normativité des préambules des Constitutions des Etats africains d'expression française », *RFD const.* 2015/ 4, n° 104, pp. 953- 978.
- 162 A. KPODAR, « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », *Constitutions* 2015, p. 7.
- 163 Décision du 2 juillet 1991 de la Cour constitutionnelle du Bénin. Le juge décide que la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 sur la Cour constitutionnelle fait partie du bloc de constitutionnalité.
- 164 Revirement jurisprudentiel opéré par le juge constitutionnel du Faso. Décision CS /CC n°22/94/ADP du 17 mai 1994 instituant un Médiateur du Faso ; Décision n°2005-002/CC du 26 juillet 2005, Recueil des décisions, 2005, 2006, 2007, Conseil constitutionnel 2009, pp.15, le juge dira « (...) que c'est la Constitution seule qui confère à une loi le caractère organique ». V. A. LOADA et autres, *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabè de 1960 à 2009*, Centre pour la gouvernance démocratique (CGD), p.56 et s.
- 165 I. M. FALL, « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des Etats d'Afrique ... », *op. cit.* p.16.

sauvegarde des libertés publiques¹⁶⁶. Il faut de ce fait que le juge s'arme d'un véritable *pouvoir judiciaire*¹⁶⁷.

En revanche, l'obligation de motivation des décisions constitutionnelles peut être érigée en un principe général de droit en ce qu'elle tire sa source de la *norme suprême et inaltérable*¹⁶⁸ et porte sur la garantie des droits et libertés fondamentaux. C'est fort de cette logique que, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sanctionnant les décisions insuffisamment motivées, a fait de l'exigence de motivation une composante essentielle du droit à un procès équitable¹⁶⁹ garanti par les normes nationales et internationales.

2- Les normes internationales

Pour motiver sa décision, le juge constitutionnel peut s'inspirer des traités et conventions internationaux constitutionalisés. Il peut s'agir de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*¹⁷⁰, de la *Charte des Nations unies*, de la Déclaration

166 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, réédition, 2002, p. 124. Les droits de l'homme seraient susceptibles de justifier le pouvoir normateur du juge constitutionnel, expression de sa liberté « d'interpréter selon ses réactions personnelles le contenu de la Constitution ».

167 M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 10.

168 Expressions empruntées à la jurisprudence *Mabury v. Madison* parlant de la Constitution d'un Etat.

169 Article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*.

170 La Constitution camerounaise de 1996 révisée « affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration universelle, la Charte des Nations Unies, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Certaines Constitutions vont jusqu'à affirmer leur attachement aux droits de l'homme inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. (Constitution gabonaise de 1991 modifiée en 2011).

universelle des droits de l'homme¹⁷¹ ou de toute autre *convention internationale*¹⁷².

En ce qui concerne les traités internationaux, les jurisprudences du juge constitutionnel béninois¹⁷³, camerounais, mauricien et sénégalais¹⁷⁴ sont assez illustratives.

Pour la Cour suprême camerounaise, le juge électoral peut bien s'inspirer de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* pour motiver sa décision.

Dans une décision, « le juge constitutionnel, statuant sur la régularité de l'élection législative dans la circonscription électorale du Mayo-Rey, a estimé que les agissements portant atteinte à l'égalité des candidats des formations politiques devant la loi électorale ainsi qu'au libre choix par les citoyens de leurs représentants constituent une violation de l'article 21 de la Déclaration Universelle [des droits de l'homme] ». Cette référence qui fait de l'instrument international une source du droit électoral

171 A.- D. OLINGA, « Politique et droit électoral au Cameroun. Analyse juridique de la politique électorale », *Polis/ R.C.S.P./ C.P.S.R.*, vol. 6, n° 2, 1998, p. 33.

172 Il peut s'agir de la *Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance* (CADEG) ou de la *Convention de l'Union africaine sur la corruption* pour ne citer que ces textes.

173 Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 (Traité signé à Port-Louis le 17 oct.1993 sur l'OHADA) in *Cour constitutionnelle, Recueil des décisions et avis* 1994, Porto-Novo, *Ed. du JORB*, 1996, p.77 ; Décision DCC 00-033 du 28 juin 2000, contrôle de constitutionnalité des conventions et protocoles sur la CEDEAO et de leur loi de ratification, loi n° 98- 031 adoptée par l'Assemblée Nationale le 30 juillet 1998 ; Décision DCC 00-047 du 30 juin 2000, contrôle de constitutionnalité des conventions internationales du travail n° 81, 135, 144 et 150 et de leur loi de ratification, loi n° 99-028 adoptée par l'Assemblée Nationale le 28 oct. 1999.

174 Décision n° 1-C-2020, Affaire n° 1-C-20, le juge constitutionnel s'inspire du traité de l'UE-MOA du 10 Jan. 1994, modifié et de la Directive n°2009/CM/UEMOA du 26 Juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA pour donner une motivation favorable à l'Unité africaine. « *Considérant que l'internationalisation des directives communautaires obéit aux règles et procédure prévues par la constitution...* ».

camerounais est d'autant plus importante que le moyen tiré de sa violation n'avait nullement été invoqué par le requérant¹⁷⁵.

Par ailleurs, face aux lacunes constitutionnelles¹⁷⁶, les juridictions constitutionnelles dans leurs motivations, peuvent se référer aux décisions rendues par leurs homologues du système européen comme cela a été observé en République sud-africaine¹⁷⁷.

Par ailleurs le traité international en droit interne mauricien n'a qu'une valeur juridique réduite à un simple guide d'interprétation. La loi est interprétée dans le sens du traité en cas de doute. Le législateur mauricien intègre de manière non automatique et exceptionnelle les traités dans une loi et pas nécessairement dans leur intégralité, donnant alors force de loi au traité. En l'absence d'intégration notamment en matière de droits fondamentaux, la Cour suprême va se référer au droit international pour mieux légitimer sa jurisprudence de manière sélective au détriment des sources internationales africaines¹⁷⁸.

En outre, si la Constitution mauricienne est effectivement silencieuse sur le statut du droit international en droit interne, il est possible en pratiquant l'interprétation généreuse soit d'introduire

175 Note de jurisprudence, S. F. SOBZE, « *Observations Affaire Kwemo Pierre c/ Etat du Cameroun (MINATD) (CS)/ CE Recours n° 10/ CEL du 23 juillet, arrêt n°119/ CEL du 07 août 2007* », *Revue de droit administratif* n° 1^{er} semestre 2013, p. 94 ; Recours n° 84 et 104 /CE/ 96-97 des 21 et 22 mai 1997, arrêt n°51/CD/96-97 du 03 juin 1997, citée par A. ONDOUA, « Notule sur un angle mort du contentieux électoral au Cameroun ... », in *Mélanges Babakar KANTE, op. cit.* p. 174.

176 J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, 782 p.

177 Dans l'arrêt du 6 juin 1995, *S. v. Mackwanyne et autres*, le juge s'inspire de la CEDH et déclare que la dignité humaine est méconnue par la peine de mort qui est une peine cruelle, inhumaine et dégradante. D. E. ADOUKI, « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud » *RDP* 2015, n° 6, p. .

178 J. D. MUJUZY, « The supreme Court of Mauritius and its reliance on international treaties to interpret legislation : Reconciling the tension between international law and domestic law », *State Law Review*, 2018, vol. 39, n° 2, 118-133. p. 119.

le monisme, soit de proposer un modèle intermédiaire en s'appuyant par exemple sur la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁷⁹.

Cependant, la multiplication des sources internationales du droit constitutionnel sous l'effet de la promotion des droits de l'homme pose de plus en plus le problème du contrôle de « conventionalité » des lois et de l'existence ou non d'un principe de supra constitutionnalité¹⁸⁰.

Les sources d'inspiration du juge constitutionnel sont duales et apportent des éléments de réponses aux récurrentes questions pour qui et [pour quelle finalité] les juges jugent-ils ?¹⁸¹

II-LES FINALITES DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION

La réflexion sur les finalités de l'obligation de motivation permet de revenir sur *l'étude des finalités du droit*¹⁸² très souvent négligée par la doctrine contemporaine¹⁸³. Cependant, l'obligation de motivation obéit progressivement à deux exigences, celle de la lisibilité **(A)** qui vient consolider une autre plus fondamentale, l'exigence de légitimité **(B)**.

179 J. COLOM et D. MICHEL, « Justice constitutionnelle et droit constitutionnel dans l'Union africaine : Le cas de la République de Maurice (Janv.-juin 2019) », *RFDC*, 2020/2 n° 122, pp. 486-487.

180 L. FAVOREU, « Débat : souveraineté et supra constitutionnalité », *Pouvoir*, n° 67, nov. 1993- La souveraineté- pp. 71-77; G. VEDEL, « Débat : souveraineté et supra constitutionnalité », *Pouvoir*, n° 67, *op. cit.* pp. 79-97.

181 G. CANIVET, « Au non de qui, au nom de quoi jugent les juges? », 2010/3 n° 15, *NE*, pp 3-7, [https:// www.cairn.info/revue-apres-demain-2010-3pages-3htm](https://www.cairn.info/revue-apres-demain-2010-3pages-3htm), consulté le 4 avril 2020 à 17 h 48.

182 J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd. 2003, Dalloz, 373 pp.30 et s.

183 La plus récente en date est celle de François OST parue en 2016 ; *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Coll. « *Penser le droit* », Bruxelles, Bruylant, 2016, 570 p. (*spec.* p. 452).

A-LA LISIBILITE DES DECISIONS DE JUSTICE

Une décision de justice lisible est celle dont le contrôle est facile entre les juges (1) que ce soit en amont ou en aval, et qui assure aux citoyens une exécution sécurisée (2).

1- Un contrôle facilité

La motivation correspond à un type de discours, elle donne corps à un développement qui tend à une démonstration¹⁸⁴. Le juge inférieur affirme à travers elle sa connaissance du fait et du droit. Le juge supérieur peut se fier aux conclusions dégagées par son homologue, non pas forcément parce qu'elles sont généralement acceptées et appliquées¹⁸⁵, mais juste parce que c'est une décision antérieure¹⁸⁶. Ne pas imposer la motivation revient à dire que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire voire souverain, et que sa décision sera insusceptible de contrôle de la part du juge supérieur en cas d'exercice d'une voie de recours.

La motivation a pour but principal de fournir l'explication juridiquement raisonnée¹⁸⁷ de ce qui est ordonné par le jugement

184 G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd. Montchrestien, 2000, p. 345.

185 M. RADIN, « Case Law and stare Decisis : concerning Prajudizienrecht in *Amirik* », *Columbia Law Review*, n° 33, 1933, pp. 199-200. « because a revered mater has uttered it, because it is the right decision, because it is logical, because it is just, because it accords with weight of the authority, because it has been generally accepted and act on, because it secures a beneficial result to the community ».

186 *Ibid.* « because it is a previous decision and for no other reason, and it becomes clear that we cannot be certain that the rule is being followed, (...) just as obedience to the categoric imperative is discernible only when something disagreeable is command », pp. 200-201.

187 Le raisonnement juridique se rapporte à deux types de figures logiques : la déduction et l'induction. Mais les juristes recourent fréquemment au raisonnement *a contrario* et au raisonnement *a fortiori* ou l'analogie.

ou arrêt, de sorte que soit conjuré tout soupçon d'arbitraire ou de subjectivité en la personne du magistrat¹⁸⁸.

Dans le système anglo-saxon, le juge dans sa technique de rédaction, tient un raisonnement assez singulier. Le juge supérieur se sert de ce que la doctrine appelle le « *binding précédent* »¹⁸⁹ qui le contraint à accepter la jurisprudence de son homologue comme une jurisprudence d'imposition surtout lorsque « *la conclusion à laquelle la règle la contraint, est celle à laquelle elle n'aurait pas abouti, c'est-à-dire une conclusion que le tribunal n'approuve pas normalement, qui ne peut reposer sur la conscience et l'équité* »¹⁹⁰.

Le juge est tenu ici de justifier ses choix. Que ceux-ci découlent d'une stricte application du droit ou d'appréciation subjective, il doit, à travers la motivation, persuader son lecteur. Le mouvement de la motivation apparaît nettement lorsque le juge détruit une argumentation, quand il passe de la réfutation à l'affirmation ou dénonce une erreur pour affirmer [la] vérité (sa vérité, la vérité judiciaire de la *res judicata*)¹⁹¹.

Dans le système francophone en général, la technique de motivation est très brève d'où la faiblesse qualitative et quantitative de la motivation des décisions constitutionnelles. Par contre, la motivation sérieuse facilite le travail du juge aussi bien en amont qu'en aval.

188 A. DUPIN, *De la jurisprudence des arrêts, à l'usage de ceux qui la font et de ceux qui la citent*, livre réédité au XIX^{ème} siècle, cité par J.-P. GRIDEL, « La motivation aux défis de la modernité... », *op.cit.* p. 2.

189 D. VONG, « Binding precedent and English judicial law-making », Riaru University business school and law, pp. 318-346. Dans le même sens, F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges du Common Law », in F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTTHOREAU, (dir.) *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 25.

190 A. M. ADANDEDJAN, « Réflexion sur la motivation des juridictions (...) » *op. cit.* p. 16.

191 En référence à la locution latine *res judicata pro veritate habetur*, la chose jugée tient pour vérité.

En amont, elle peut créer un consensus entre les parties au procès, car il est possible en effet qu'ayant eu connaissance des motifs de la décision, le particulier y adhère et fasse l'économie d'une action en justice. Une décision bien motivée facilite son exécution et contribue à la réduction de l'encombrement constant des prétoires. A rebours, l'absence de motivation sérieuse crée un sentiment de malaise, d'incompréhension au sein de l'opinion.

La motivation limite certains cas très techniques d'ouverture devant le [juge suprême] tels que le manque de base légale et le défaut de motif¹⁹².

En aval par contre, la motivation permet de circonscrire le débat et de se concentrer sur l'essentiel des arguments des parties. Elle facilite la sécurisation de la décision du juge.

2- Une exécution sécurisée

Le motif étant l'âme du jugement¹⁹³, servir à la société une décision non motivée, c'est servir à celle-ci un [corps sans âme], un esprit sans chair. La motivation est de ce fait considérée comme le support du dispositif qui fournit les indications sur la manière d'exécuter la décision de justice et il paraît difficile d'exécuter une décision de justice dont les motivations elliptiques ne permettent pas d'apprécier le raisonnement. La motivation éclaire le rejet ou

192 Le manque de base légale est un manque de motivation de la décision en fait, qui fait que la Cour n'est pas en mesure d'exercer son contrôle. Le défaut de motif plus radical, intervient lorsque les juges du fond, sur un point soulevé par l'une des parties, n'ont pas du tout répondu, contrairement à l'obligation de motivation qui leur est faite par la loi (Art. 455 CPP). V. M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, op. cit. p. 217.

193 C. J. De FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1704, p. 26. « Les motifs étant l'âme du jugement, se servir d'un arrêt sans en rapporter le motif, c'est se servir d'un corps sans âme ».

la condamnation, et aussi les injonctions éventuelles, la décision de prendre des mesures provisoires¹⁹⁴ telles que les expertises.

Un parallèle peut être fait avec les décisions du Conseil constitutionnel français qui sont interprétées à la lumière des motifs qui constituent le « *support nécessaire* »¹⁹⁵ du dispositif. En effet, partant des effets des décisions questions prioritaires de constitutionnalité (QCP)¹⁹⁶ devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, le Conseil d'Etat rendra trois arrêts desquels se dégagent les enseignements suivants : Le Conseil d'Etat se réfère aux principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 25 mars 2011. Il cite expressément celles-ci dans ses avis et en reprend le considérant de principe selon lequel, sous réserve d'indication contraire, la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel doit bénéficier à l'auteur de la (QPC).

En deuxième lieu, lorsque le Conseil constitutionnel abroge une disposition législative de portée rétroactive à compter de la publication de sa décision, il appartient au juge statuant au fond, postérieurement à cette décision, sur une action indemnitaire introduite antérieurement, de faire application de l'état du droit résultant, à la date à laquelle il statue, de l'obligation prononcée. Lorsqu'un doute subsiste, le Conseil d'Etat prend en compte pour l'interpréter les motifs qui en sont le support nécessaire, y compris quand une telle lecture peut conduire à limiter la portée de l'abrogation telle qu'elle est formulée dans le dispositif.

194 A. ISSOUFOU, « L'autorité des avis du juge constitutionnel en Afrique francophone », *afrilex. u-bordeaux 4, fr, op. cit* 39 p. consulté le 14 mai à 10h.

195 Lire A. BRETONNAU et X. DOMINO, *Gaz. Pal.*, 10-12 juillet, 2011, p. 22.

196 La QPC est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cf. Loi organique française du 10 déc. 2009, relative à l'application de l'article article 61 -1 de la Constitution qui qualifie la Question de constitutionnalité de « prioritaire ».

En troisième lieu, le Conseil d'Etat se prononçant sur l'articulation entre les contrôles de constitutionalité et de conventionalité, décide qu'il appartient au juge du litige d'examiner, lorsqu'un tel moyen est soulevé devant lui, s'il y a lieu d'écarter la disposition législative en cause en raison de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle, ou le cas échéant, une règle du droit de l'union européenne¹⁹⁷.

En conséquence, lorsque la triple identité est constituée, le jugement rendu se trouve revêtu de l'autorité de chose jugée¹⁹⁸, est opposable aux parties à l'instance et toute requête itérative rejetée comme irrecevable¹⁹⁹ même en cas de production de pièces nouvelles²⁰⁰.

Dans le contexte africain, la motivation est sans doute le *support nécessaire* à l'exécution de la décision du juge constitutionnel surtout lorsqu'elle est revêtue d'une certaine hardiesse. En revanche, le manque d'audace et de fermeté est dénoncé par l'opinion publique qui éprouve un sentiment de malaise, voire d'injustice chaque fois que les motifs de la décision du juge concluent à son incompétence, à l'irrecevabilité ou au rejet de la requête, lorsqu'ils se révèlent lacunaires, peu fondés ou insolites.

197 CE, 13 mai 2011, req. n° 316734, Mme M'Rida.- CE, 13 mai 2011, req. n° 317808, Mme Delannoy et Verzele.-CE 13 mai 2011, req. n° 329290, *Mme Lazare*.

198 CE, avis, 29 mai 2015, *Assoc. Nonant Environnement*, req. n° 381560, Lebon.

199 CE, 17 déc. 1980, req. n° 19173, Lebon T. 661.

200 CE, 23 jan. 1981, *Reyboulet*, req. n° 9900 ; CE, sect. 23 déc. 1988, *SA des techniciens et ouvriers du bâtiment (SATOB)*, Lebon 473.

Les motivations des décisions en Afrique oscillent entre la tradition française de rédaction de décisions de manière concise²⁰¹ et la tradition anglo-saxonne explicite et de plus en plus longue. Le modèle de motivation du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation avec des arrêts courts et sombres²⁰² ne peut prospérer en Afrique car si l'héritage de la forme de la justice est le même, le peuple pour qui la justice est rendue²⁰³ est en revanche très réservé.

Cependant, dans les pays anglo-saxons, mais aussi dans quelques pays francophones comme le Bénin et le Burundi, le mode de rédaction des décisions constitutionnelles a évolué et le juge occupe une place centrale dans le système juridique au sein duquel

201 P. MARTENS souligne que : « Dans la tradition française, plus on monte dans la hiérarchie judiciaire, plus les décisions deviennent énigmatiques ». Il souligne qu'« un système qui impose au juge un rôle inactif, qui ignore l'expression des opinions dissidentes et qui pratique l'économie des motifs n'est peut-être pas le mieux adapté à la lisibilité des principes », in « Les Cours constitutionnelles: des oligarchies illégitimes? » *La République des juges, actes de colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège, ASBL.*, éd. du jeune barreau de Liège, 1997, p. 68. Certains expliquent la fermeté et la brièveté de la motivation par la nature « législative » de la décision de jurisprudence : « un excès de motivation peut nuire à l'autorité législative qui y est attachée. La loi se dit, elle ne se justifie pas. La fermeté du commandement est proportionnelle à sa brièveté ». C'est pour cette raison que toutes les Cours suprêmes adoptent une motivation brève qui laisse peu de place à la discussion » ; L. FAVOREU, « Les cours constitutionnelles », PUF, 1992, p. 3.

202 Ces juridictions ont renoncé à leur façon de motiver. Pour le Conseil, on notera la disparition des *considérants* et des *visas* qui contribue à la modernisation de la présentation des décisions de l'instance. *Décisions du 10 mai 2016, QPC n° 2016-539 et QPC n° 2016-540.*

203 Art. 126 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : « La justice est rendue au nom du peuple béninois; Art. 102 de la Constitution ivoirienne; Art. 112 de la Constitution togolaise de 1992 révisée en 2002.

il joue un rôle directeur²⁰⁴. Par ailleurs, le réalisme du juge²⁰⁵ ou le refus d'honorer à son devoir d'ingratitude vis-à-vis de l'exécutif que l'on retrouve dans les décisions constitutionnelles africaines dont la motivation invite à tolérer les actes du pouvoir exécutif pour les nécessités du maintien de l'équilibre institutionnel rend ce dernier redevable de son environnement fonctionnel²⁰⁶ et fragilise l'autorité constatée ou jugée de ses décisions²⁰⁷. La motivation intelligible fait de l'auteur un juge lisible, elle constitue une sorte d'*aide-mémoire*²⁰⁸ pour la justice constitutionnelle et un *vademecum* pour sa légitimité.

B- LA LEGITIMITE DES DECISIONS DE JUSTICE

La légitimité est au cœur de la mise en place des institutions de l'Etat²⁰⁹. Elle a fait l'objet de remarquables réflexions par la

204 F. MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in G. CONAC, (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. II, Paris, Economica, 1983, p. 3. Dès lors, la doctrine de plus en plus, redoute la façon de motiver du Conseil d'Etat et les juges ont abandonné les attendus et considérants pour laisser la place aux explications.

205 Le réalisme est une théorie générale du droit où l'approche tendant à vouloir décrire la norme juridique telle qu'elle est réellement vécue et non telle qu'elle devrait être. Lire D. LABETOULLE, « le réalisme en droit constitutionnel », Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2007/22, p. 123-124; M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahiers du Conseil Const. n° 22,2007, p. 125.

206 Décision du 12 mai 2016 du juge constitutionnel congolais (RDC). La théorie réaliste de l'interprétation tend à considérer que les principes posés par les textes juridiques n'ont de signification que celle que leur donne le juge en les appliquant indépendamment de toute signification consubstantielle et préalable. G. N. TCHOUGLI, « Le juge constitutionnel face aux conflits politiques en Afrique noire francophone », *RJPEF* 2012, p. 239.

207 Art.87 de la Constitution de la République islamique de Mauritanie de 2006 : « *Les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée* ». A. ADELOUI, *op.cit.* p. 54.

208 E. OLIVA et S. GIUMMARRA, *Aide-mémoire de droit constitutionnel*, Sirey, 2017, 411 p.

209 O. BEAUD, « A la recherche de la légitimité de la Ve République », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 154.

doctrine américaine²¹⁰, française²¹¹ et africaine²¹². Elle participe à l'acceptation de la décision (1) et à l'ancrage de la *démocratie judiciaire* (2).

1- L'acceptation d'une décision comprise

La motivation, par la transparence dont elle procède, contribue à l'acceptation du pouvoir et donc à son autorité. Pour la doctrine française : « *le cœur du droit est la question de sa légitimité et ceux qui ont le pouvoir doivent toujours, d'une façon ou d'une autre, veiller à conserver aussi une certaine légitimité sans laquelle le pouvoir n'est plus accepté* »²¹³.

Cette acceptation résulte du mode persuasif qui sous-tend la motivation. En effet, la motivation s'adresse à tous et, au-delà de l'instance, à tout interprète²¹⁴. La motivation n'est pas établie *ad personam* ; elle est censée avoir une valeur universelle²¹⁵ car c'est l'acceptabilité sociale de la décision qui consolide sa légitimité. La doctrine africaine a eu à dégager un ensemble de facteurs permettant d'apprécier la légitimité du juge constitutionnel. On retiendra pour la présente étude trois facteurs : « *la portée des décisions, l'adhésion et le ressenti des destinataires (pouvoirs publics et citoyens)* »²¹⁶. L'obligation de motivation des décisions

210 E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921.

211 L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2, avril-juin 1994, pp. 557-581.

212 I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », site lecames.org, vol.1, 2015, consulté le 13 avril 2020 à 14h. A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer ... » in *Mélanges KANTE, op.cit.* pp. 287 et s.

213 M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie, op. cit.* p. 44.

214 La conviction que l'avocat cherche à inspirer au juge devant lequel il parle peut être entendue de moyens plus personnels. Il s'agit d'un « *acte d'audience* ».

215 G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd. Montchrestien, 2000, p. 347.

216 A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! ... », in *Mélanges B. KANTE, op.cit.* p. 287.

du juge constitutionnel va avec l'obligation de résistance à la sirène du pouvoir politique et donc à la consolidation de sa légitimité.

Dans son office, le juge doit prouver qu'il a la parfaite maîtrise de « l'art de [motiver] »²¹⁷, de défendre au mieux sa légitimité. La motivation ne relève pas du pouvoir discrétionnaire du service public de la justice²¹⁸ encore moins du juge constitutionnel²¹⁹.

Dès lors, quelques recettes ont été prodiguées par la doctrine africaine pour permettre au juge d'assumer sa légitimité. Il est question, non seulement de chercher mais encore de trouver un équilibre entre la libre expression de volonté générale à travers la loi et le nécessaire respect de la Constitution. Dans sa motivation, le juge doit garder constamment à l'esprit qu'il est le gardien de la Constitution²²⁰ et par conséquent censeur du législateur, mais que ce dernier exerce la souveraineté au nom du peuple²²¹. Lorsqu'il est poussé par les requérants à verser dans la « politisation du droit », il lui faut résister et les amener au contraire à accepter la « juridicisation de la politique »²²².

217 G. ROMMEL, *L'art de juger. A l'écart de Montesquieu*, Bruylant, 2008, p. 35

218 M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p. 223 ; R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1923, pp. 363-392.

219 A. DE LAUBADERE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges Marcel WALINE, LGDJ*, 1974, p. 531 et s.

220 H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, édition Michel Oudiard, 2006 ; C. SCHMITT, *Der Hutter der verfassung*, Berlin, DunckerundHumblot, 1996; G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 209 et s.

221 L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP* 2005, p. 1027.

222 B. KANTE, Préface in I. M. FALL, (dir.) *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel*, op. cit. p. 15.

Ces révélations aux allures prophétiques contribuent à l'enracinement de la légitimité démocratique²²³ et à la consolidation de l'Etat de droit en Afrique²²⁴.

La motivation donne au juge une certaine assurance et le met en confiance avec le peuple. Le défaut d'argumentaire juridique décisif²²⁵ dans la motivation de ses décisions²²⁶ fragilise la légitimité des solutions proposées ainsi que celle de la démocratie judiciaire.

2- La confiance en une « démocratie judiciaire »

L'expression « *démocratie judiciaire* » employée ici est une facette parmi tant d'autres de la démocratie, qui peut être économique, politique et même sociale. Elle s'oppose à la « *démocratie fantôme* » qui rappelle le caractère dérisoire des accessoires démocratiques²²⁷.

En effet, la motivation renforce le pouvoir créateur du droit du juge, qui désormais cesserait d'être considéré aussi froidement

223 J. J. RAYNAL, « Le renouveau démocratique béninois : modèle ou mirage ? », *Afrique contemporaine* n° spécial 4^{ème} trimestre, 1996, pp. 250-256. O. KHOUMA, *La légitimité du pouvoir de l'Etat en Afrique subsaharienne, essai sur la relation entre la reconnaissance internationale et la légitimité démocratique*, Thèse de droit public, Univ. de Toulouse I, 2009.

224 M-M- MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, pp. 267- 268.

225 S. GOLTBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1993, pp. 30 et s.

226 W. SABETE, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil Constitutionnel », *AJDA* 2011, p. 885.

227 V. BOVEN, « Démocratie, Droits de l'homme et solidarité », in N.P. ENGEL, (dir.) Actes du colloque organisé par le gouvernement hellénique et le Conseil de l'Europe en coopération avec le Centre de droit économique international et européen de Thessalonique, 24 et 26 sept. 1987, pp. 122-136. Selon l'auteur, « Nombres de situations nationales et de régimes politiques, à travers le monde, ne sont guère plus que des « démocraties fantômes ».

qu'un « couteau de boucher »²²⁸. A travers elle, le juge *re-fait* la loi²²⁹ et contribue à la consolidation de la *démocratie judiciaire*²³⁰.

C'est dire qu'au-delà de sa dimension procédurale ou substantielle, l'exigence de motivation est un véhicule des idéaux démocratiques, en l'occurrence, le droit à une bonne administration de la justice, le droit à un procès équitable. La motivation suffisante est une préoccupation d'essence démocratique²³¹ et de légitimité de la justice constitutionnelle²³².

Cette exigence invite le juge constitutionnel africains à revoir sa technique de motivation, à éviter les motivations par référence très souvent jugées illégales ou par déduction²³³ ou encore par simple syllogisme²³⁴ qui le rend esclave du texte.

Les juges constitutionnels africains l'ont bien compris, notamment en matière électorale où une décision bien motivée est un signe

228 B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnologie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002, p. 292.

229 G. ROSSATANGA-RIGNAULT, « Quand le juge « fait la loi ». A propos du pouvoir normatif du juge constitutionnel au Gabon » in *La fabrique du droit en Afrique*, *op. cit.* 21-22 novembre 2013, pp. 167- 187.

230 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 4^{ème} éd. Paris, Montchrestien, 2001, p. 537. L'auteur affirme que : « La motivation est propre à satisfaire à trois exigences parmi lesquelles celle de la démocratie ».

231 N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du conseil constitutionnel : Justifier et réformer », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p.8-9.

232 A. LE QUINIO, « La motivation des décisions du conseil constitutionnel au prisme du modèle ibéro-américain », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°55-56, juin 2017, p.33.

233 La déduction est conçue classiquement comme le passage d'un énoncé général- ou, en termes aristotéliens, d'une proposition universelle- qui constitue « une prémisse supposée assurée », connue, vraie ou vérifiable, vers un énoncé particulier qui est réputé présenter ces mêmes propriétés. M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd. 1993, p. 16.

234 La décision de justice passe pour un syllogisme judiciaire. La prémisse majeure est la loi, la mineure est le fait qualifié, et la conclusion est la décision de justice en tant que telle. Si la forme du syllogisme permet de limiter l'arbitraire du juge et d'affirmer la prévisibilité de la loi, elle rend cependant le juge automate et peut créateur. Lire Stefan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 3^{ème} édition, 1993, p. 31.

de transparence et un vecteur de la stabilité sociopolitique et du développement économique et stratégique du pays²³⁵.

Le raisonnement du juge tanzanien dans l'*Affaire Ndynabo v. Attorney General* de 2002 est à cet égard illustratif. La particularité de ce jugement est d'avoir situé la justice électorale dans la problématique globale de l'accès à la justice et des droits fondamentaux tandis que dans les pays francophones d'Afrique, le caractère spécial et urgent du contentieux électoral entraîne très souvent des dérogations importantes par rapport aux principes généraux.

Le juge tanzanien dégage un certain nombre de principes d'interprétation constitutionnelle à savoir l'imagination du juge dans l'exercice de son pouvoir dans l'optique de pérenniser le caractère vivant de la Constitution de la République Unie de Tanzanie, l'épanouissement de la démocratie tanzanienne qui passe par l'interprétation extensible et libérale des droits fondamentaux consacrés par la loi fondamentale, le principe de « *présomption de constitutionnalité* »²³⁶ accordé à toutes les lois²³⁷. En outre, les *obiter dicta*²³⁸ du juge constitutionnel béninois

235 Elle épargne la société des violences post-électorales, sources de déstabilisation et de destruction du tissu social et économique. D. KOKOROKO, « Les élections disputées en Afrique », *La démocratie en Afrique, Pouvoirs n° 129*, 2009. Cour constitutionnelle du Bénin, *Décision DCC 10-115 du 07 septembre 2010 (loi n°2010-34 règles particulières pour l'élection du Président de la République votée par l'Assemblée Nationale le 24 août 2010 et en seconde délibération le 23 septembre 2010)* ; *Décision DCC 34-94 du 23 déc. 1994* et *Décision EL-P 054 du 18 mars 2001 de la Cour constitutionnelle du Bénin*.

236 Selon ce principe, la charge de la preuve d'inconstitutionnalité d'une loi incombe au plaignant et la charge de la justification de la constitutionnalité de la restriction légale d'une liberté fondamentale incombe à ses auteurs.

237 *Cour d'Appel de Tanzanie, Affaire Ndynabo v. Attorney General. Civil Appeal n° 64 of 2001 du 14 fév. 2002*.

238 Les *obiter dicta* sont les « *opinions émises par le juge en passant* ». P. BLACHER, « *L'obiter dictum* dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, 12, 3, p. 897.

relatifs au *consensus national*, aux *options fondamentales*²³⁹ et au régime juridique du contreseing des actes du président de la République²⁴⁰ ainsi que ceux du juge gabonais relatifs au comblement des lacunes constitutionnelles²⁴¹ sont des exceptions remarquables qui attestent de ce que la justice constitutionnelle africaine se trouve dans une dynamique constructive amorcée depuis 1990²⁴² et continue de faire sa mue²⁴³. Elle est dans une nouvelle tendance²⁴⁴, celle qui contribue à la consolidation des acquis démocratiques²⁴⁵.

La décision RCCB 393 du 12 juin 2020 de la Cour constitutionnelle burundaise vient confirmer cette renaissance

239 *Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006* (« consensus national, principe à valeur constitutionnelle ») et *Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011*, « options fondamentales de la conférence nationale ». Lire, B. COULIBALEY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision n°DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour Constitutionnelle du Bénin) », *RDJ*, n° 5, 2009, p. 1493.

240 *Décision DCC 18-261 du 06 déc. 2018*. « *Considérant qu'un ministre ne contresigne un décret pris par le Président de la République que lorsqu'il est chargé de son exécution ; que le contreseing trouve ainsi sa justification en ce que l'autorité qui contresigne un acte en endosse la responsabilité individuellement ou solidairement avec l'autorité qui a pris l'acte* ».

241 *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. Le juge constitutionnel gabonais par souci de garantir la continuité de l'Etat, s'est comporté tel un juge-législateur en procédant à la réécriture de la Constitution. E. NGANGO YOUNBI, « La décision de la Cour constitutionnelle gabonaise n° 219/CC du 14 novembre 2018 : splendeur ou stupeur ? », *Politeia* –n° 34, 2018, pp. 183-200.

242 A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique francophone », *Afrilex*, janvier 2013, p. 23.

243 K. AHADZI NONOU, *Les défis du gouvernement démocratique en Afrique subsaharienne depuis 1990*, L'Harmattan Sénégal, 2020, p. 2.

244 K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, Volume 1, juillet-décembre 2001, pp. 35-86; D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel continu », *RDJ* 2014-6, p. 1517.

245 D. KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Benin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, 2007, p. 98.

du constitutionnalisme africain²⁴⁶. En effet, dans cette espèce, l'interprétation du juge constitutionnel est assez intéressante en ce qu'elle constate d'une part, la non nécessité de l'exercice de l'intérim prévu par la Constitution et motivée par le fait juridique de l'existence d'un nouveau Président élu et, d'autre part, en ce qu'elle permet de faire l'économie de l'organisation d'une nouvelle élection au Burundi²⁴⁷.

Par ailleurs, la légitimité d'une institution reposant sur la croyance collective en sa valeur sociale, les décisions du juge constitutionnel africain bénéficient aujourd'hui de cette croyance formée au terme d'une évolution constitutionnelle sociale. Cette dynamique est perceptible dans la décision du juge béninois relative à la prévention du VIH/SIDA.

Cependant ce printemps n'a pas pu traverser l'ensemble des ordres constitutionnels africains. En effet, tandis qu'en raison des irrégularités graves et systématiques enregistrées lors des élections, les juges constitutionnels kenyan et malawite annulaient

246 A. S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique : évolutions et enjeux », in B. KANTE et M. E. PIETERMAAT-KROS (dir.), *Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique*, Gorée Institute, 1998, pp. 91-108.

247 Arrêt RCCB 393 du 12 juin 2020 de la Cour Constitutionnelle burundaise. La Cour est saisie par les deux Vice-présidents de la République et le Gouvernement agissant collégalement et demandant au juge de constater la vacance du poste de Président de la République pour Cause du décès du Président sortant Pierre NKURUNZIZA, décès qui survient au lendemain des élections ayant donné lieu à l'élection d'un nouveau Président Monsieur Evariste NDAYI-SHIMIYE qui n'attendait que la prestation de serment pour prendre ses fonctions. La Cour constata la disparition de l'objet de l'intérim et ordonna la prestation de serment du nouveau Président élu pour lui permettre de débiter son mandat conformément à l'article 104 (1) de la Constitution.

les élections présidentielles de 2017²⁴⁸ et 2019²⁴⁹, au Cameroun, et pour des motifs similaires²⁵⁰, le Conseil constitutionnel déclarait la quasi-totalité des requêtes présentées par les partis politiques d'opposition [*irrecevables*]²⁵¹ pour insuffisance de preuves d'où la saisine des instances régionales africaines²⁵². La brièveté²⁵³ des décisions²⁵⁴ a été largement critiquée²⁵⁵ en raison de son retard

-
- 248 Saisie par l'opposition le 1^{er} septembre 2017, la Cour suprême a invalidé la victoire d'Uhuru KENYATTA en raison d'« irrégularités » enregistrées lors des élections du 8 août 2017. Une expression de l'enracinement de la démocratie judiciaire en Afrique. Présidentiel pétition n° 1 of 2017 between Raila AMOLO ODINGA, Présidentiel pétition n° 1 of 2017, Stephen MUSYAKA vs UHURU M. KENYATTA and others; Hon John H. MWAU vs H.E UHURU KENYATTA and others.
- 249 La Cour constitutionnelle malawite annule les résultats de l'élection présidentielle de mai 2019 validant la réélection du président sortant Peter MUTHARIKA pour « irrégularités et anomalies systématiques entachant l'intégrité des résultats ». Les invalidations des élections présidentielles sont rarissimes en Afrique.
- 250 Dans leur communication, les plaignants dénoncent la faiblesse des moyens mis en place dans les régions du Nord-Ouest et Sud-Ouest le 7 oct. 2018 en vue de favoriser une participation optimale des populations, d'où les tensions sécuritaires survenues entraînant une forte abstention des électeurs de ces deux régions.
- 251 A l'instar du législateur de l'époque, le juge Constitutionnel camerounais se prononçait lapidairement, par voie de pure autorité (je casse, je rejette, je dis irrecevable). Le représentant du souverain n'ayant pas à se justifier autrement que par l'indication de la violation ou de l'exacte application de la loi de son maître.
- 252 Commission africaine des droits de l'homme et des peuple (CDHP) 20 janvier 2019, Communication 718/19, *Maurice KAMTO et Mouvement pour la renaissance du Cameroun c/ République du Cameroun*. Motifs, manquements relatifs à l'organisation du scrutin du 7 octobre 2018, relatifs à la tenue du scrutin du 7 octobre 2018 et relatifs au traitement du contentieux post-électoral par le Conseil constitutionnel.
- 253 G. CANIVET, « La motivation brève en question. L'accès au juge de cassation », AHJUCAF, Marrakech, 17 mai 2004, site : www.Ahjucaf.org. Consulté le 6 mars 2020 à 23 h 10 ; F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation)*. Contribution à l'étude des représentations de la justice, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol.125, 2013.
- 254 Cons. Const. 17 oct. 2018, n° 29/G/SRCER/CC/ 2018, sieur M. KAMTO c/ ELECAM, RDPC, UDC, FDP, ADD, MCNC, PURS ; E.M. NGANGO YOUNBI, « Le nouveau Conseil constitutionnel... », *op. cit.* 42 p.
- 255 La longueur des développements n'est certes pas un gage de leur qualité, mais leur réduction à quelques lignes péremptoires ne peut favoriser les garanties de la légitimité du juge ou encore l'influence de l'institution.

par rapport à l'office actuel du juge constitutionnel²⁵⁶. Ce style de motivation a remis sous le feu des projecteurs la place de la notion d'« *influence déterminante* »²⁵⁷ dans la démocratisation du droit électoral camerounais. L'obligation de motivation des décisions constitutionnelles en Afrique se situe entre *succès* et *résistances*²⁵⁸.

Il est urgent de procéder à sa généralisation. L'une des solutions consiste à lever le verrou législatif ou constitutionnel relatif au secret²⁵⁹ de délibération auquel sont tenus les juges constitutionnels et de promouvoir comme dans le cadre du contentieux international la culture des opinions individuelles ou dissidentes pour les décisions constitutionnelles rendues en collégialité²⁶⁰. L'autre piste consiste à laisser au juge constitutionnel une marge d'autonomie plus ou moins grande. Il est question d'une innovation dans la constitutionnalisation des nouvelles techniques de rédaction des

256 Pourtant un fait reste macabre, les tensions sécuritaires dans les régions du Nord-Ouest et Sud-Ouest auraient été suffisantes pour amener le Conseil à se prononcer, entre autres, sur la notion de *seuil de sécurité* dans le contentieux électoral et partant susciter une relecture voire une codification tant souhaitée du code électoral camerounais. La très faible motivation intrinsèque s'expliquerait par la *métamotivation* (motivation de la motivation) qui trouve son fondement dans le réalisme du juge constitutionnel. Lire J. AÏVO, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *RFDC* 2015-4, numéro 104, p. 256.

257 La notion d'influence déterminante tire son origine du droit public économique notamment en cas de pluralité d'acquéreur. *CE sect. – fév. 2004, sté. Royal philips Electronic, req. n° 249267*, Rec. P ; 28 ; CE, sect, 31 Jan. 2007, sté France Antilles. Cependant, le contentieux électoral a toujours été dominé par le principe d'« *influence déterminante* » par lequel le juge ne prononce l'annulation d'une élection que si les faits invoqués par le requérant ont une incidence suffisante, directe et certaine pour fausser le résultat du scrutin. J. Y. KATSHUNG, « De l'appréciation du critère de « l'influence déterminante » dans la gestion du présent contentieux électoral en RDC », nov. 21, 2006, site www.pambazuka.org, consulté le 19 avril 2020 à 8h. 10.

258 B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : Succès et résistances », *op. cit.* 26 p.

259 G. MORANGE, « Le secret en droit public français », D. 1978, *Chron.* 1.

260 Cependant, il faut nuancer car le secret de délibération en soi-même n'est pas un verrou à l'obligation de motivation. Il s'agit d'un principe sacré en droit latin qui protège la fonction juridictionnelle et permet d'éviter les pressions personnelles sur les juges. Le secret est tout à fait compatible avec une motivation circonstanciée.

décisions de justice. Pour garantir cette revitalisation, il faut soumettre le juge constitutionnel à une responsabilité personnelle, à une l'obligation [morale] de motivation.

Pour ne pas conclure sur ce point, l'exigence de l'obligation de motivation des décisions constitutionnelles est fondamentale à toutes les parties au procès²⁶¹ en ce sens qu'une décision mal motivée des Cours constitutionnelles n'est susceptible d'aucun recours et s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles²⁶². Par ailleurs, on peut rechercher les bases de cette contrainte encore introuvables dans le serment imposé par les Constitutions ou les lois organiques. Par analogie, on dira que toute décision non motivée ou insuffisamment motivée est « un acte de forfaiture, un manquement au serment qui oblige le juge constitutionnel à bien et fidèlement remplir ses fonctions »²⁶³.

CONCLUSION

Pour goûter la saveur de l'art de juger²⁶⁴, il faut avoir l'art de la motivation qui est la substance même du droit. Ce dépassement invite le juge à mieux motiver s'il souhaite mieux juger même si la doctrine est unanime qu'« il n'a pas de recettes et [qu'] il n'y a pas non plus d'uniformité »²⁶⁵. Mais on reconnaît une décision bien

261 H. AKEREKORO, « Le procès constitutionnel au Bénin », *op. cit.* p. 15.

262 Art. 50 de la Constitution camerounaise de 2008, Art. 138 de la Constitution ivoirienne de 2016, Art. 87 de Constitution de la République islamique de Mauritanie de 2006, Art. 34 de la loi béninoise de 1991 révisée en 2001. Cependant, leurs décisions sont attaques à l'échelle régionale ou internationale.

263 Art. 8 de la loi béninoise n° 91-009 du 4 mars 1991 *op. cit.* dispose que : « *Tout manquement [au serment prévu par l'article 7] constitue un acte de forfaiture et sera puni conformément à la législation en vigueur* ».

264 G. ROMMEL, *L'art de juger. A l'écart de Montesquieu*, Bruylant, 2008, p. 35.

265 J.-L. GILLET et B. MERLIN-SOUCRMANIEN, « L'arrêt de la Cour de cassation. Motivation, style et structure » in F. HOURQUEBIE et M. C. PONTTHOREAU (dir.) *La motivation des décisions*, *op. cit.* p. 128.

motivée de par la cohérence et la portée du discours juridique qui en découlent. Le silence sur l'obligation de motivation autrefois imposé par le Conseil d'Etat français est aujourd'hui dépassé²⁶⁶. *L'imperatoria brevis* légitimé par le règne du légicentrisme²⁶⁷ doit être revisité²⁶⁸ avec le respect absolu de la Constitution²⁶⁹ et *l'implantation réussie*²⁷⁰ des juges constitutionnels africains. Les juges constitutionnels de Tanzanie, du Kenya et de Burundi viennent de « donner l'exemple »²⁷¹ par des motivations constructives. Cependant ces initiatives demeureront marginales si l'obligation de motivation, cette « boussole prétorienne »²⁷² n'était pas érigé en un principe général du droit. La motivation des décisions constitutionnelles remettrait enfin, serait-on tenté de dire, la justice constitutionnelle africaine « sur ses pieds »²⁷³ car le silence de leur motif contribue à rendre inopérantes les dispositions constitutionnelles novatrices ou contraignantes

266 L'arrêt de principe est celui du CE du 30 avril 1880, *Harouel et morin*, Lebon 419. Le Conseil d'Etat avait explicitement refusé de consacrer un principe général de motivation dans son arrêt du 26 janvier 1973, *Garde des Sceaux, min. de la Justice c/Lang*, Lebon 72 ; D. 1973. 607 ; note B. PACTEAU.

267 R. C. De MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, Paris, rééd. 1984, p. 107

268 Le Conseil d'Etat a revu sa position en admettant quelques exceptions mais maintient le refus d'élaborer une obligation générale de motivation. Le Conseil constitutionnel français a posé le principe d'une obligation de motivation des actes administratifs prononçant une sanction ayant le caractère d'une punition. *Décision n° 2004 6497 DC, cons. 14 préc.* Le Conseil d'Etat a repris cette jurisprudence : *CE 8 fév. 2012, req. n° 354080*, à propos d'une demande de QPC sur la non-obligation de motivation des décisions de préemption. Il considère qu'en dehors des sanctions, il n'existe aucune obligation constitutionnelle de motivation.

269 *Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985*, lois sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, cons. 27.

270 D. ROUSSEAU, p.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} éd. LGDJ, 2016, 845 p. De la lente montée en puissance du Conseil constitutionnel, on est parvenu à une implantation réussie.

271 D. De BECHILLON, « Motivation des jugements : donner l'exemple », *AJDA* 2018, p. 391.

272 A. SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO. L'Harmattan* Sénégal, 2019, 264 p.

273 B. KANTE, *Préface* in I. M. FALL, (dir.) *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel (...)* op.cit, p. 13.

et entraîne l'inintelligibilité²⁷⁴ du raisonnement du juge. C'est donc « *la personne même du juge constitutionnel, sa science, sa conscience qui seront les éléments décisifs pour des lendemains qui chantent* [pour la bonne motivation à laquelle aspirent les parties au procès et la société toute entière] »²⁷⁵.

274 G. GARCASSONE, « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel », in P. MBONGO (dir.) *La qualité des décisions de justice*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 par la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2007, éd. du conseil de l'Europe.

275 A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in *Mélanges Babakar KANTE*, *op. cit.* p. 295.

**« La question de la double responsabilité de
l’administration et de l’agent public devant le juge
administratif camerounais »**

Par AWONO ABODOGO Frank Patrick.
Docteur en Droit Public à l’Université de Douala

INTRODUCTION

Au rang du contrôle qu’exerce le juge administratif sur les activités de l’administration, pour savoir si elles sont de nature à justifier une sanction¹ figure en ligne de mire, celui qui concerne les faits. Le déploiement des activités administratives entraîne des conséquences dommageables sur les administrés. La possibilité d’attirer cette administration pour répondre des situations qu’elle a créée constitue indéniablement une amorce vers la consolidation de « l’Etat de droit ». Au sens, de M. GOUNELLE, « la proclamation de l’Etat de droit, comme objectif politique implique, à plus ou moins long terme, la reconnaissance d’un principe de responsabilité selon lequel toute activité publique doit normalement répondre de ses actes² ».

Ce faisant, cette administration soumise au contrôle du juge administratif, est souvent incriminée à tout va alors que les faits qui lui sont reprochés relèvent le plus souvent de l’action

1 Voir C.E 10 Février 1950, Thouvenel, Rec. 94 et C.E 27 octobre 1961, Béart de Boisanger, Rec., 595, conclusion Henry, RJA, 2004, I, 221.

2 GOUNELLE (M.), *Introduction au droit public*, p 181, ONDOA (M.), *Le droit de la responsabilité publique des Etats en développement : contribution à l’étude de l’originalité des droits africains*, thèse de doctorat Université de Yaoundé, p. 21.

humaine. Par l'entremise de ses agents qu'elle emploie, sa responsabilité est convoquée par les personnes se trouvant lésées dans leurs droits du fait des préjudices qui résultent de l'ingénierie administrative. C'est justement pourquoi, à l'idée de certains on ne peut valablement parler de responsabilité de l'administration au sens strict de son acception, mais plutôt de la responsabilité du commettant du fait du préposé, telle que consacrée dans le code civil. Adhérant à cette thèse, le professeur EISENMANN³ à la suite de Léon DUGUIT⁴ affirmait que : « la responsabilité des collectivités publiques, comme des personnes morales en général, n'est jamais une responsabilité pour faute. Puisqu'elles répondent seulement des fautes commises par leurs agents et que la responsabilité du fait d'autrui ne peut jamais être une responsabilité pour faute ». En souscrivant, à cette ligne surabondamment admise par une frange importante de la doctrine, on peut donc inférer que l'agent public est au cœur du dispositif de toutes responsabilités (publique ou personnelle), selon que la

3 Sur le degré d'originalité, JCP 1949. I.751. § 10. Pour l'auteur, l'Etat « est responsable parce que l'auteur des dommages est un sien agent, en raison du lien qui le lie à l'auteur de la faute dommageable, c'est-à-dire exactement au même titre où le sont le maître et le commettant ». Le fondement de la responsabilité administrative basé sur le principe de corrélation des avantages et des charges, est ainsi à ses yeux « le plus important », et n'est remis en cause que dans un cas : « celui où (les personnes publiques) doivent réparation du dommage infligé aux particuliers au titre d'une opération correspondant à la satisfaction d'un intérêt public et tenue pour régulière ». Voir aussi LOCHAK (D.) « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements et de la législation » p. 7. De la même façon, pour TEISSIER « la conséquence logique et naturelle (du principe de l'égalité répartition des charges entre les citoyens posés par la Constituante) était que tout dommage causé à une personne privée par le fonctionnement d'un service public devait être mis à la charge de la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service avait été établi ».

4 Il récuse au demeurant tout système de responsabilité pour faute subjective dans le cas des collectivités, dans la mesure où la personnalité des collectivités est une fiction. La réflexion de DUGUIT, pour qui l'Etat n'est qu'une pure abstraction qui ne peut commettre de faute, aboutit au rattachement de la responsabilité pour faute de service à la responsabilité du fait d'autrui, sans pour autant remettre en cause l'autonomie de la responsabilité administrative : elle se rattache au principe de corrélation des avantages et des charges, l'Etat n'assurant que le risque impliqué pour tous les administrés par le simple fonctionnement des services publics.

victime saisie le juge administratif ou le juge judiciaire, au regard de la nature de l'acte dommageable.

Le lien étroit qui subsiste entre l'administration et l'agent public, conduit inéluctablement dans le cadre de l'évocation de la responsabilité publique à une certaine prudence, qui suscite une interrogation certaine. Par l'imbrication des rapports, on peut dégager une volonté implicite de soustraire l'agent public des causes dommageables de l'action administrative, pour en effet attribuer à la seule collectivité indexée les charges retenues par le juge administratif, et partant la faire assumer exclusivement les conséquences qui se rattachent.

Le problème de l'action personnelle de l'agent public dans l'émanation du fait générateur, imputable à l'administration continue de soulever de difficultés spéciales⁵. Faut-il retenir la responsabilité de l'administration à chaque fois que le service est accusé, ou encore éluder la contribution de son agent dans la réalisation immédiate ou lointaine de l'élément dommageable ? Présentée de manière simpliste cette interrogation préliminaire et préalable induit en filigrane un questionnement fondamental. Quelle appréciation peut-on faire, de la responsabilité de l'agent public et de celle de l'administration devant le juge administratif ? La réponse qui arrive dans les lignes qui suivent, est d'autant plus pertinente au motif pris qu'elle donne à constater, qu'il y'a une hyper-responsabilisation de l'administration concomitamment à la déresponsabilisation de l'agent public (I) d'une part et, d'autre part une déresponsabilisation de l'agent public au profit de la responsabilisation de l'administration (II).

5 MOREAU (J.) « Responsabilité personnelle des agents publics et responsabilité de l'administration », *Jurisclasseur Administratif*, p. 9.

I- VERS UNE CERTAINE HYPER-RESPONSABILISATION DE L'ADMINISTRATION CONCOMITAMMENT A LA DERESPONSABILISATION DE L'AGENT PUBLIC

La présence des trois protagonistes, victime, administration, et agent public, donne la possibilité d'actionner la responsabilité de chacun en fonction de sa contribution à la commission du fait dommageable. Evidemment, une fois que la faute est commise, les auteurs sont astreints à réparer les conséquences qui en résultent. Cette réparation qui arrive au terme d'un processus est d'abord conditionnée par la détermination des responsabilités. Faisant référence, au rapport qui existe entre les personnes publiques et les agents publics, le Doyen VEDEL⁶, excipait que : « les problèmes de responsabilité des personnes publiques sont étroitement imbriqués à ceux de la responsabilité de leur agents ». Cette relation interdit que l'une soit étudiée, sans référence à l'autre comme l'indique fort opportunément le Doyen ONDOA Magloire⁷. L'action en responsabilité qu'exerce la victime, aboutissant à « un règlement des responsabilités » Comme l'évoquait le professeur EISENMANN⁸, fait apparaître une croissante responsabilisation de l'administration (A), au profit d'une décroissante responsabilisation de l'agent public (B).

6 VEDEL (G.), *Droit Administratif*, op cit pp 532 et suivant.

7 ONDOA (M.), *le droit de la responsabilité publique des Etats en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*. Thèse de doctorat Université de Yaoundé, 1997, p 13.

8 EISENMANN(C.), c.c.p., 6734. Cite par Jacques Moreau.

A-La croissante responsabilisation de l'administration au profit de l'agent devant la victime de l'acte dommageable

La répartition des responsabilités ne poserait en réalité aucune difficulté, si le fait dommageable était détachable de la fonction et directement imputable au patrimoine de l'agent public. Or à l'évidence, le fait générateur qui déclenche le processus de mise en cause de la collectivité publique est réputé causé par l'agent public qui agit en son nom. Tout pourrait sans doute, sembler relativement simple s'il était permis d'établir une séparation absolue entre la responsabilité du fonctionnaire envers le service public et la responsabilité du fonctionnaire envers les tiers⁹. Le constat de l'engagement systématique et automatique de l'administration au détriment de son agent est établi sur la base de certains éléments. C'est à partir de certaines conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration requises en droit camerounais, qu'il faudrait plutôt trouver les ressorts d'un pareil constat. Il faudrait donc réunir les conditions d'adoption¹⁰ et de déclenchement de la responsabilité pour tirer les conséquences issues de celles-ci. Ainsi l'évocation de la faute dans ses variantes (1), et l'invocation des modalités de l'imputation (2) demeurent la ligne intangible qui structure ce raisonnement.

1- L'exacerbation de la responsabilité de l'administration inhérente à la nature du fait générateur

L'intention de mettre en cause l'administration, des conséquences dommageables susceptibles de lui être imputées, repose sur le fondement de la faute. L'extension de la responsabilité publique à

9 MOREAU (J.), « Responsabilité Personnelle des Agents Publics et Responsabilité de l'Administration », *Jurisclassseur Administratif*, p 9.

10 GUESSELE ISSEME (L.-P.), *La question de l'attaquabilité du titre foncier devant le juge administratif camerounais*, les éditions LE KILIMANDJARO, Juin 2015, p 100.

la vérification de la faute, a été soutenue par le juge administratif en l'espèce MOUTOMBI Christophe contre Etat du Cameroun¹¹. Au soutien de ses prétentions il affirmera que : « le fondement principal est, en droit administratif comme en droit civil, la faute de celui à qui est imputé un dommage ; qu'en ce qui concerne, la puissance publique, cette faute apparait non seulement dans son pouvoir de prendre des décisions exécutoires, mais aussi dans l'accomplissement de ses missions de service public ». Par ce qu'elle intervient en amont dans la mise en évidence de l'action en réparation, elle constitue la base de l'accroissement de la responsabilité de l'administration. La conception irréfragable au quel s'appuie une telle position relève de la dichotomie faute de service (a), faute du service (b).

a- La faute de service, faute commise par un agent identifiable mais imputable directement à l'administration

C'est à partir de l'instauration de « la faute de service », qu'on peut établir l'hyper responsabilité de l'administration, et reconnaître corrélativement l'effacement de la responsabilité de son agent. Partant de cette évidence, au-delà de l'analyse en détail de la notion de faute de service, on se bornera à indiquer le rôle joué par cette notion dans les rapports entre la responsabilité personnelle des agents publics et la responsabilité de la puissance publique¹².

En droit administratif camerounais, l'émergence de la « faute de service » est une condition de mise en œuvre de la responsabilité de l'administration. N'étant pas matériellement susceptible de

11 CS-CA, jugement N° 43 du 22 février 1979, MOUTOMBI Christophe contre Etat du Cameroun. Voir aussi dans ce sens DUEZ (P), « la faute (...) reste l'élément générateur fondamental de la responsabilité de la personne publique, en principe là où il n'existe pas de faute, il ne saurait être question de responsabilité administrative ».

12 MOREAU (J.), article précité, p 6.

commettre elle-même la faute, elle répond des faits commis par ses agents, mais dont leur responsabilité est impossible d'être retenue. Le fait fautif n'est donc que dans ce cas créé par l'action humaine et la collectivité publique responsable des conséquences qui en résultent. Cette conception de la faute de service, au départ né de l'imprudence de l'agent public, mais qui finalement emporte la responsabilité de son administration. Alors, « bien que matériellement incapable d'être l'auteur d'une faute, une personne publique peut néanmoins l'être juridiquement¹³ ». A ce niveau en effet, on constate que la faute de service nouvelle intervient exclusivement dans les rapports victime-administration et disparaît comme par enchantement dans les relations statutaires puissance publique- fonctionnaire¹⁴. Autrement dit, cette faute de service n'a que pour rôle unique de permettre à la victime d'engager la responsabilité de la collectivité publique, et d'exclure d'office celle de l'agent même lorsqu'il est clairement indexé. L'hypothèse couramment admise selon laquelle, une personne publique est juridiquement considérée comme auteur de la faute de service, en dépit de l'intervention de l'agent public dans l'émanation du fait générateur, est consacrée par l'ordonnance du 4 octobre 1961¹⁵, dont la rigueur de l'application par le juge administratif camerounais n'est guère remise en cause.

13 OKI (J.-L.), *L'Imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, Thèse de doctorat Université de Bordeaux, 2017, p 63.

14 Ibid. p 8.

15 Ordonnance N° 61/OF/6 du 04 octobre 1961, fixant la composition, les conditions de saisine et la procédure devant le CFJ, « Les demandes d'indemnité, des dommages-intérêts ou réparation de toute natures fondés sur la responsabilité de la République fédérale, à raison d'actes administratifs ou d faits juridiques sont obligatoirement soumises, avant tout recours contentieux, au ministre fédéral ».

b- La faute du service, faute anonyme révélant le dysfonctionnement de l'administration

L'un des mécanismes d'attribution de la responsabilité à la collectivité publique est révélé par l'expansion de la faute du service. Inconnue en droit administratif français, la faute du service, est une défaillance du service dont l'auteur est insusceptible d'être identifié. Elle se distingue de la faute de service par le caractère d'anonymat qui se rattache à son évocation. S'il est utilement possible de reconnaître l'agent public comme l'auteur de la faute de service, tel ne saurait être le cas en matière de faute du service. Car ce n'est pas la recherche de l'auteur de la faute qui importe tant ici, mais davantage l'adjudication de la faute à l'administration, corollaire de la mise en œuvre immédiate de sa responsabilité.

C'est de l'interprétation des conclusions du juge administratif camerounais¹⁶, que la doctrine a pu déceler d'une part la signification de la faute du service, et d'autre part son importance dans la mise en cause de la puissance publique. Faudrait-il le constater, aucun texte juridique sur la question ne fait mention de ce concept dans les voies qui permettent de poursuivre en responsabilité l'administration¹⁷. La responsabilité de l'administration du fait de la faute du service trouve ainsi l'adhésion de l'ensemble de la doctrine. L'agent d'exécution tout comme l'agent de décision n'étant guère concernés dans

16 CS-CA, jugement N° 33/CFJ/CAY du 30 avril 1968, Dame ESSOLA Jacqueline contre République Fédérale du Cameroun. Les conclusions de cette décision révèlent les conditions dans lesquelles l'engagement de la responsabilité de l'administration est possible. Au regard des trois éléments identifiés, la faute du service joue un rôle fondamental dans la mise en mouvement de cette action.

17 ABANE (E-P), L'Application de la légalité par l'Administration, thèse de doctorat, 2007, université de Yaoundé II-SOA, P 24, « l'acte de l'agent d'exécution est tout comme celui de l'agent de décision met en jeu en cas d'illégalité la responsabilité de ladite administration ».

la création du fait générateur, obligent la collectivité publique à répondre du dysfonctionnement insusceptible de leur être imputé. L'incertitude qui pèse sur son auteur conduit indéniablement l'administration à se subroger devant la victime du dommage. On peut alors subodorer que cet acharnement, vers la puissance publique pour envisager réparation de la faute du service relève de certains aspects. L'administration étant reconnaissable à partir de deux critères matériel et organique, c'est du moins au regard du second que l'intérêt de sa responsabilité au regard de la faute du service est justifié. Elle est dans ce cas invitée à répondre devant le juge administratif des faits qui sont directement liés à la nature des actes qu'elle accomplit¹⁸. Lesquels tendent au maintien de l'ordre public et à la satisfaction des autres besoins d'intérêt général¹⁹.

L'invariabilité de l'objet de la responsabilité, qui consiste à mettre une obligation à la charge de l'auteur d'un préjudice ou de la personne qui en répond ne trouve aucune difficulté dans le contexte d'émergence de la faute du service. Dans cette avancée, l'administration ne répond du fait dommageable commis par son agent dans l'exécution des tâches administratives. Elle est plutôt conséquente des choses dont elle a la garde d'abord, ensuite du manquement à des obligations dont elle est censée tenir à l'égard des usagers. C'est en réaction à ces défaillances qu'elle a donc été condamnée pour des multiples faits qualifiés de faute du service. Ne convoquant que ce cas, celui du 23 novembre 1989 en l'espèce ENYEGUE DIPOKO Bernard²⁰, on peut aisément se

18 CHAPUS (R), « Droit administratif général », Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris, 2001, p 4.

19 VEDEL (G) et GOHIN (O), « Institutions Administratives », 4^e édition, LGDJ, Paris 2002, p 15.

20 CS-CA, jugement N° 13 du 23 novembre 1989, ENYEGUE DIPOKO Bernard contre Etat du Cameroun.

rendre compte que le juge administratif ne déroge pas ce principe. Il oblige à réparer à des dommages et intérêts l'administration postale pour mauvais fonctionnement du service public.

2- Le renforcement de la responsabilité de l'administration inhérente aux modalités d'imputation

L'engagement de la responsabilité administrative semble a priori, contenu autour de la question de l'imputabilité. Elle constitue le fond commun de tous les systèmes de responsabilité. Selon le Professeur AMSELEK Paul, « traditionnellement le terme d'imputation, évoque le reproche que l'on fait à un individu de l'acte fautif qu'il a commis et, si la recherche de l'imputabilité se résout entière dans la question de savoir s'il en était l'auteur, il prend s'agissant des personnes publiques une autre coloration. Il s'agit en effet à proprement parler de savoir si la personne publique est l'auteur du dommage²¹ ». La recherche de la ligne d'imputation, traduit l'existence d'un lien suffisamment étroit entre le préjudice éventuellement subi et la faute avérée de l'administration²². La responsabilité n'étant admise qu'autant qu'on peut l'imputer au fait d'une personne publique, le dommage doit se rattacher au fait d'une personne publique²³. La détermination du responsable auteur du dommage découle généralement de deux mécanismes d'imputation. L'un faisant référence aux prérogatives de puissances publiques (a), l'autre au rattachement organique du fait générateur (b).

21 AMSELEK (P), « La détermination de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative », *in étude droit public*, 1994, p 300.

22 DEBBASCH (Ch.) et COLIN (Fr.), *Droit administratif*, op cit p 451.

23 WALINE (J.), *Droit Administratif*, 22^e édition, Paris, Dalloz, 2008, p. 139.

a- L'attribution d'un comportement illicite à l'administration par l'exercice des prérogatives de puissance publique

La notion de « prérogatives²⁴ » est inhérente à l'existence même de la collectivité publique. Elles traduisent l'inégalité foncière de situation entre l'administration et l'administré²⁵. Le rattachement à la puissance publique de prérogatives dont elle bénéficie, fondé sur l'imbrication des idées de « puissance » et de « service²⁶ » offre ainsi la possibilité de lui imputer un acte illicitement constaté et de la considérer comme véritable responsable. L'existence du rapport fondamental d'imputabilité, qui constitue la détermination des personnes publiques réputées engagées par leurs actions ou omissions relève du pouvoir décisionnel de l'administration, et des fonctions qu'elle est censée incarner. La délimitation du patrimoine public responsable est d'emblée enserrée tout entière dans la question de l'imputabilité. Pour en effet relier le fait dommageable à l'auteur du fait générateur la doctrine a conçu le critère décisionnel. A l'occasion duquel la démonstration aboutirait à terme à identifier entre plusieurs personnes publiques, privées ou physiques, à laquelle serait imputée la charge de l'indemnité et, par conséquent désignée responsable des conséquences créées.

L'évocation du critère décisionnel dans l'ensemble des techniques visant l'imputation aux personnes publiques, leur responsabilité est pleinement ancrée dans la démarche qui conduit à éviter des erreurs sur le patrimoine public réellement en cause. L'objectif étant d'indemniser la victime, on imagine à partir de cet

24 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, définit les prérogatives comme une compétence ou un droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité. Attribut d'un droit, chacun des pouvoirs, exclusifs spécifiés, des moyens d'action.

25 CHEVALLIER (J), *Le droit administratif, droit de privilège ?*, p. 57.

26 CHEVALLIER (J), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p 3.

objectif des régimes d'imputation adéquats²⁷. L'imputation de la responsabilité à la collectivité publique sous le prisme de cette approche pragmatique, s'illustre à la condition qu'un texte lui attribue la compétence de pouvoir émettre des décisions. Ce pouvoir décisionnel se manifeste par son caractère décisoire. En s'orientant vers ce critère plus original en droit public, le juge administratif tient compte dans la recherche du lien d'imputabilité. L'espèce NGAH Joséphine et NDZANA Jeannette contre Etat du Cameroun (MINESEC), est significative²⁸.

De façon évidente, si la collectivité publique accusée devant le juge administratif, n'avait pas commis de faute dans la mise en œuvre de sa fonction ou de sa compétence, le dommage ou le préjudice ne serait pas produit. C'est alors du fait de la faute résultant du déploiement de la fonction de la personne publique, qui constitue la cause du dommage. Et la responsabilité qu'elle encourt par sa compétence et ses obligations est établie à partir du lien d'imputation dérivant de sa fonction. Le raffermissement de cette analyse tient de la solidité de la position du professeur AMSELEK Paul²⁹. Il excipe l'argument selon lequel : « *est responsable la personne publique à l'exercice des compétences de laquelle se rattache le dommage* ». A l'appui de cette assertion, le professeur Raymond ODENT³⁰ argue dans son cours sur le contentieux administratif que, « *la responsabilité pèse sur la personne publique pour le compte de laquelle le service ou l'agent auteur du dommage exerçait son activité au moment*

27 LOCHACK (D.), « Les fonctions de la responsabilité administrative », in *le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993, p 278.

28 Jugement N° 116/2011/CS/CA du 13 avril 2011. Affaire Ngha Joséphine et Ndzana Jeannette contre Etat du Cameroun (MINESEC).

29 AMSELEK (P.), « la détermination de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative », *Mélanges Einsemann*, 1975, p 233.

30 ODENT (R.), Cours de contentieux administratif, chapitre II, « Le débiteur de l'indemnité », les cours de droit 1979-1980.

où le dommage fut causé ». La personne publique responsable est celle dans la fonction de laquelle le service public qui est à l'origine du dommage est juridiquement placé³¹. La liaison du fait dommageable à son responsable par le rapport d'imputabilité, du fait de la compétence exercée tient du raisonnement déduit des considérants du juge administratif. Les jurisprudences KONTCHOU Levi-Bord contre Etat du Cameroun³², ENYEGUE DIPOKO Bernard contre Etat du Cameroun³³, ATANGANA Adalbert contre Etat du Cameroun³⁴.

b- L'attribution d'un comportement illicite à l'administration par le rattachement organique

L'indexation des actes jugés anormaux à la collectivité publique est fondamentalement imprégnée du lien entre l'organe en question et le fait démontré. Pour que la responsabilité soit admise la nécessité du lien étroit entre l'organe administratif en cause et le dommage est une exigence irréductible. D'après les professeurs Alain PELLET et Patrick DAILLIER³⁵, « l'attribution à l'Etat est très largement admise dès lors que le comportement dénoncé émane de personnes ou d'organes sous son autorité effective ». La recherche efficiente de l'auteur du fait reproché est dans ce cas non plus conçue à partir des prérogatives reconnues à l'administration, mais sur la base même des organes qui au quotidien les implémentent. Cependant, on peut donc imputer la responsabilité à l'administration par le moyen de deux procédés. D'abord elle peut se voir admettre responsable par ses organes

31 *Ibid.*

32 CS/CA N° 84-85 du 26 juin 1985Kontchou Levi-Bord contre Etat du Cameroun.

33 Jugement N° 13/CS-CA du 23 novembre 1989Enyegue Dipoko Bernard contre Etat du Cameroun.

34 Jugement N° 22/CFJ/AP du 16 mars 1967Atangana Adalbert contre Etat du Cameroun.

35 PELLET (A.) et DAILLIER (P.), *Droit international public*, 8^e édition, Paris, LGDJ, 2009, p 57.

administratifs interne, mais davantage par le fait des personnes étrangères à l'appareil administratif.

L'imputabilité d'un fait dommageable est fonction du statut des organes. Le droit international prévoit l'imputabilité à l'Etat du comportement de personnes ayant le statut d'après le droit interne. Cette formule postule, la possibilité d'attribuer à l'Etat les conséquences préjudiciables des activités liées à des personnes non étrangères à son organisation. De « *jure* » et même de « *facto* », est attribuable à la puissance publique les faits de toutes les personnes par l'intermédiaire desquelles elle agit. Elle doit donc en principe répondre évidemment de toutes les personnes qu'elle a habilité à agir en son nom et en ses lieux et place. Selon Monsieur CONDORELLI Luigi³⁶ : « *l'Etat ayant souverainement choisi de s'organiser d'une façon particulière (...) doit supporter les conséquences (...) du libre exercice de ses prérogatives souveraines* ». L'imputation desdites conséquences dérive à la fois de son organisation horizontale et verticale.

Du fait du lien organique horizontal, on peut imputer à la puissance publique l'illicéité des actes se rapportant aux trois organes du pouvoir à l'instar de ceux inhérents à l'exécutif, à la fonction législative et à la fonction judiciaire. La portée du principe de l'imputabilité à la puissance publique, les faits reprochés à ses organes est consacrée par le projet de la convention de droit international, en son article 4 qui dispose que : « *le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international* ». Et « *un organe comprend toute*

36 CONDORELLI (L.), « les solutions traditionnelles et nouvelles tendances en matière d'attribution à l'Etat d'un fait internationalement illicite dans la convention de 1982 sur le droit de la mer », in *Le droit international à l'heure de sa codification, études en l'honneur de Roberto AGO*, t. III, Milan, p 26.

personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat ».

L'imputabilité d'un fait est aussi perceptible par le lien vertical. L'imputation d'une faute est réputée engagée la responsabilité si le dommage allégué est attribuable à l'un des organes de l'exécutif d'une part, et aussi à certaines entités non-exécutives mais dotées des missions de service public, et jouissant des moyens exorbitants. Du bout des organes exécutifs, l'imputabilité est tributaire de l'organisation administrative. Elle permet en fait de rattacher le fait dommageable à une administration centrale, déconcentrée ou encore décentralisée. La conception « *essentiellement organique* » du juge congolais coïncide avec cette philosophie. Celle faisant référence à l'imputabilité du fait dommageable sous le rattachement à l'organe. Il décidait alors, dans le dessein d'attribuer à la personne répondante et responsable que : « *la nature juridique d'un acte dépend de la nature juridique de son auteur; ou de la qualité juridique en vertu de laquelle celui-ci agit en le prenant*³⁷ ». L'extension de cette approche organique, sera vérifiée par l'imputation à l'administration des actes des personnes étrangères à son service.

B-La décroissante responsabilisation de l'agent au détriment de l'administration devant la victime de l'acte dommageable

Pour que naisse une obligation à la charge de l'administration, il ne suffit pas que le demandeur se résout à établir l'existence du fait générateur, faudrait-il encore, comme dans tous systèmes de responsabilité arriver à prouver un lien de cause à effet entre les deux faits. C'est dans cette exigence que Monsieur TERNEYRE

³⁷ CS/CA du 17 décembre 1976 Baze contre Etat du Congo.

Philippe affirmait que « la notion de causalité doit être bien précisée, car elle recouvre en droit administratif une double notion, inhérente à la théorie de l'imputabilité³⁸ ». La causalité joue ainsi une partition assez rigoureuse dans l'engagement de la responsabilité de l'administration. Les contours qui permettent d'exiger à la collectivité publique certaines obligations nées du fait dommageable concourent à réduire la responsabilité de son agent. Les théories mises en présence pour déterminer la part de responsabilité publique soutiennent, en filigrane l'accroissement de la déresponsabilisation du fonctionnaire. Au sens du professeur POUILLAUDE Hugo-Bernard³⁹, ces théories représentent des efforts très importants de la doctrine pour décrire la pratique du juge ou pour prescrire ce qu'elle devrait « *objectivement* » être en expliquant quel fait peut-être ou doit être considéré comme une cause ou la cause du dommage. Celles-ci sont alors l'équivalence des conditions (1), la causalité adéquate (2) et, la Proxima causa (3).

1- L'équivalence des conditions, une construction de l'ensemble des causes du dommage accusant l'administration.

La question de la pluralité de causes ou de l'unicité du fait causal, ayant concouru à la survenance du dommage, demeure une préoccupation évidente. La notion causale étant à cheval entre l'appréciation des faits et la qualification juridique des faits⁴⁰, l'office du juge dévient difficile, pour établir, lequel ou lesquels des événements a contribué à la réalisation du dommage. La complexité des situations sociales, et des relations entre les

38 TERNEYRE (Ph.), « La Responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif », op cit, p 190.

39 POUILLAUDE (H.-B), *Le lien de causalité dans la responsabilité administrative*, op cit p 39.

40 *ibid.*

personnes juridiques, génératrice d'un enchevêtrement des causes, bien des préjudices paraissent surdéterminés par une pluralité d'évènements qui ont concouru à leur fonction⁴¹. L'usage de la théorie de l'équivalence des conditions se propose d'y apporter une réponse.

Du bout de l'équivalence des conditions, il apparaît que cette théorie ne fait aucune sélection entre les causes du dommage. La survenance du fait dommageable existe par ce que chacune des causes y a contribué de façon significative à la réalisation des conséquences préjudiciables qui surviennent. Chaque cause du dommage tient une place dans le déroulement du cours des évènements et la séparation d'une des autres rend directement irréalisable le fait générateur. En vertu de cette appréhension M. MARTEAU Pierre à la suite des travaux du célèbre juriste allemand Maximilian VON BURI fait remarquer que : « *la somme totale des forces qui ont pris une part quelconque dans la production du phénomène en constitue la cause. L'existence de celui-ci dépend à tel point de chacune d'entre elles que si l'on écarte une seule d'entre elles du rapport causal, la conséquence elle-même disparaît* ». Les faits ayant participé à la survenance du dommage sont tellement liés que l'exclusion ou l'absence de l'un d'eux trahi le rapport causal qui est censé exister. De l'avis de M, MARTY⁴², les conditions d'une conséquence en sont les causes et sont, entre elles équivalentes dans la production de cette conséquence. Aussi adhérent à ce postulat M. FAVIER Joseph⁴³

41 DUBOIS (J.-P.), *La responsabilité administrative*, Paris, édition la Découverte, 1996, p 42.

42 MARTY (G.) « La relation de Cause à effet comme Condition de la responsabilité civile », *RTD CIV*, 1930 cité Par, POUILLAUDE (H.-B), *Le Lien de Causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, Thèse de doctorat en droit public Université Panthéon-Assas, 3 Décembre 2011, p 68.

43 FAVIER (J.), *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle*, op cit thèse précitée, p 68.

appuie : « la causalité dit-il implique l'idée d'une relation nécessaire à la réalisation de l'effet, et celui-ci suit nécessairement l'apparition de la cause. Ils sont liés inéluctablement et, l'on peut ne poser l'un sans poser l'autre ». Au final la réunion de toutes les conditions impacte directement dans l'imputation de la responsabilité à l'administration.

2- La causalité adéquate une reconstruction sélective de la cause du dommage incriminant l'administration.

La détermination des causes, ou des forces qui ont pris une part quelconque, dans la production du phénomène, n'est pas si facilement décelable. La responsabilité de l'administration, n'étant alors retenue que si les causes factuelles et juridiques présentées, ont un rapport direct avec ses activités. Selon M. FAVIER Joseph, le dommage tel qu'il est réalisé est un fait extrêmement complexe⁴⁴. Sous l'argumentaire de la plume du Docteur BILONG Salomon, l'on ne retient pour cause du dommage que, l'évènement qui l'aurait normalement produit même en l'absence des autres, par ce qu'il contenait en lui-même une possibilité propre de se produire⁴⁵. Selon cette théorie juridique, tous les faits qui ont contribué à la réalisation du dommage ne se valent pas.

En fait, comme le remarque les adeptes de cette théorie, parmi tous les faits qui étaient la condition exclusive du dommage, il est retenu que celui qui a été le plus important. L'importance dans ce sens est manifestement le fait de la contribution à la fois

44 FAVIER (J.) « La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle », op cit

45 BILONG (S.), *Mémento de la jurisprudence administrative du Cameroun*, presses universitaires de Dschang, septembre 2014, p 248.

qualitative et quantitative dans la création du préjudice⁴⁶. D'après M. FOILLARD Philippe⁴⁷, il s'agit dans cette perspective à identifier « *le fait ayant eu une vocation particulière à provoquer le dommage* ». Dans son étude sur l'essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, M. QUIZEL-AMBRUNAZ⁴⁸ note que « *la cause la plus adéquate est celui qui contenait normalement en elle l'effet, le cours normal des choses* ». L'antériorité des facteurs causaux, impose par cette théorie à faire un choix entre les différentes causes du dommage pour s'en tenir à l'une d'entre elles comme ayant favorisé principalement la survenance du préjudice. L'auteur d'une thèse récente sur la causalité avance : « *pour qu'une condition soit, par rapport à une conséquence donnée, considérée comme cause adéquate, il faut qu'elle rende objectivement possible une conséquence de même nature, par le seul fait de son apparition* ». Appui-t-il pour renchérir que la comparaison permet, en effet, de classer ces différents facteurs suivant l'augmentation de probabilité qu'ils génèrent⁴⁹. Partant de ce principe, il est clairement exprimé que les causes du dommage n'ont pas le même effet. Certains sont invités par l'enchevêtrement des faits à la genèse du préjudice, tandis que d'autres ont effectivement déclenché la situation dommageable qui s'est produite. Le professeur, BOUTEILLER Julien écrit-il alors, « *dans l'ensemble des antécédents nécessaires à la genèse du dommage, tous n'ont pas le même rôle. Certains d'après le cours habituel des choses, devaient normalement produire le*

46 TERNEYRE (Ph) « *La Responsabilité contractuelle...* » op cit p194. On observe la « cause adéquate » dans laquelle, parmi tous les faits qui étaient sine qua non du dommage, il n'est retenu que celui qui a été qualitativement le plus important, celui qui devait, normalement produire le dommage dans le cours des choses.

47 FOILLARD (Ph), « *Droit Administratif* », op cit p 393.

48 QUIZAL-AMBRUNAZ (C), « *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile* », op cit.

49 POUILLAUDE (H-B). *Le Lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*. Thèse de doctorat en droit Public Université Panthéon-Assas, 3 décembre 2011, p 75.

dommage. Il en est d'autres, dont l'action ne s'est fait sentir que par suite d'un enchaînement exceptionnel et imprévu des circonstances Les seconds ne sont que l'occasion du dommage, les premiers seuls, en sont la cause, ou l'une des causes ». Au demeurant, la causalité adéquate consiste donc à mesurer la causalité d'un seul facteur, ou d'une seule cause, de le comparer avec les différents facteurs, afin de les classer pour ne retenir que le plus important. Le seul parmi les autres qui devrait entraîner le dommage, pour être réputé la cause exclusive. En comparant les causes entre elles, on aboutit à une hiérarchisation des facteurs.

3- La proxima causa, une orientation exclusive de la dernière cause du dommage reprochant l'administration.

Des deux théories juridiques précédemment évoquées, intervient en dernière analyse celle de la « *proxima causa* ». Assurément plus proche de la causalité adéquate, par la logique sélective des causes du dommage, elle paraît différente sur le point du classement des conditions ayant entraîné la naissance du préjudice. La première consistant à ne retenir entre les faits causaux le plus pertinent, tandis que la seconde n'admet en réalité que le dernier fait qui a rendu le dommage possible, pour en considérer la cause du préjudice. L'unité scientifique qui les lie ainsi découle du rapport qui existe entre les éléments susceptibles de rendre faisable le fait dommageable. Comme les autres théories, la proxima causa propose des justifications à la circonscription des termes de la relation causale⁵⁰. Dans une approche chronologique des faits, elle retrace dans le déroulement des événements, la dernière cause immédiate et antérieure au dommage. Du point de vue de la doctrine, elle ne se fonde que sur la place du fait potentiellement

50 Op cit.

causal dans le temps. Elle nous révèle dans ce cas le caractère temporel qui existe entre le fait dommageable et le dommage lui-même. En la mobilisant, il revient tout simplement à essayer de découvrir tous les antécédents, en fixant l'ordre dans lequel ils sont apparus, afin de ne retenir que le dernier. Seul celui-ci pourra acquérir la qualité de cause juridique. L'indiquant, à l'idée d'une frange des juristes, la cause devrait ainsi s'entendre du dernier fait ayant concouru à la production de l'effet, au basculement vers l'effet⁵¹. C'est le dernier fait ayant été perpétré par l'administration qui est considéré comme véritablement la cause du dommage. L'ordonnancement chronologique des faits, joue ici un rôle déterminant.

La rareté de l'usage de cette méthode dans la jurisprudence camerounaise, participe de l'inanité et de la vanité de la notion. Comme le souligne M. MOREAU Jacques, le système de la causalité adéquate, rend assez exactement compte des solutions jurisprudentielles⁵². Les critiques les plus acerbes et virulentes ont traduit la fragilité de cette théorie qui, postule la rétention exclusive du dernier fait causal. C'est sur le prisme temporel, que sera en fait manifestée la superficialité du contenu de la théorie de proxima causa. D'après M. HUME David, un objet peut être contigu et antérieur à un autre, sans qu'on le regarde comme sa cause et, que ce qui importe c'est la notion de *connexion nécessaire*⁵³. De ce même point de vue, M. MARTEAU Pierre fait remarquer que « *mécaniquement un fait ancien peut avoir gravement déséquilibré une situation sans qu'elle rompe et,*

51 *Ibid.*

52 MOREAU (J.), *La responsabilité administrative*, op cit p 82.

53 Au sens qu'emploie HUME pour qui, dans une première analyse, " nous pouvons considérer la relation de contiguïté comme essentielle à celle de causalité " : *L'entendement, traité de la nature humaine*, Livre 1, III, II, Garnier Flammarion 1995, p. 136.

« La question de la double responsabilité de l'administration et de l'agent public devant le juge administratif camerounais »

le fait le plus proche n'être qu'une vétille qui aura couronné le processus ». Au final, bien que ces théories aient pour objet commun de fixer l'ordre dans lequel le fait causal intervient, elles restent aux yeux du juge administratif des indices précieux pour établir la connexité entre le fait dommageable, le dommage et son véritable responsable. En dépit de cette approche empirique, sa conviction ultime semble mieux salutaire.

II- LES MECANISMES DE DERESPONSABILISATION DE L'AGENT PUBLIC ENTRAINANT LA RESPONSABILISATION DE L'ADMINISTRATION

Outre les conditions exigibles de mise en jeu commune de toute responsabilité, on peut inférer au regard de l'analyse de la jurisprudence éparse et de certaines dispositions juridiques, qu'il existe des mécanismes visant à déresponsabiliser l'agent public. La bigarrure des mécanismes de mise en œuvre de l'imputation d'un fait dommageable soit à l'agent public soit à l'administration trouble à certains moments l'intime conviction du juge administratif.

La préexistence du rapport triangulaire entre la victime, l'administration et l'agent public fait apparaître certains recours en responsabilité. Le lien qui uni ces trois protagonistes, impose une réciprocité et une dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre. Une telle imbrication entraîne deux types de mouvements. L'un d'une part permet à la victime d'opter entre deux possibilités de poursuivre l'agent ou alors l'administration. C'est le recours lié à l'obligation de la dette (A). L'autre d'autre part, intervient en second lieu dans l'optique de permettre à la personne physique ou morale qui a été condamnée préalablement de se retourner

contre le véritable responsable. Dans cette hypothèse, il s'agit de la contribution à la dette (B).

A-L'effacement de la responsabilité de l'agent public par la technique de l'obligation à la dette

L'obligation à la dette, est une procédure visant à retenir la responsabilité d'une personne physique ou morale, n'ayant pas la qualité d'auteur du fait dommageable. Elle exige de celui qui est ainsi interpellé une dette de responsabilité, sans se soucier de son impact dans la réalisation des conséquences qui imposent réparation. L'existence du lien étroit entre le fait dommageable et le défendeur n'est visiblement pas rigoureusement observée. Alors que le juge administratif camerounais, ne se prive pas à vérifier chaque fois qu'il est saisi en pareille circonstance. C'est ce qu'il a su faire en l'espèce MOUTOMBI Christophe contre Etat du Cameroun. En déboutant sa demande, il affirmait « *Considérant que, pour engager la responsabilité de l'administration, le fait dommageable doit être la manifestation ou la conséquence d'une activité de service public (...); qu'en l'espèce, la cause du dommage subi par Moutombi est le vol; qu'il est clair que celui-ci peut être la conséquence ou la manifestation de l'activité de l'administration des postes et télécommunications; qu'il n'y a aucune relation de cause à effet entre le défaut d'entretien du bâtiment et ce vol (...)* »⁵⁴. En vertu de cette observation prédominante, qui difficilement prend en considération la qualité de l'auteur du fait générateur, mais penche plutôt à l'attribution de la responsabilité au défendeur, la contribution à la dette est d'abord une technique de subrogation de responsabilité (2), au-delà de la discussion de la personne publique responsable (1).

54 CS-CA jugement N° 43 du 22 février 1979 Moutombi Christophe contre Etat du Cameroun.

1- La discussion de la personne publique responsable

Il apparait relativement aisé de déterminer la personne publique responsable. Par le mécanisme de rattachement de la faute au service qui est à l'origine du dommage, ou encore qui a la garde de l'instrument et de l'objet ayant concouru à la réalisation du préjudice. Le problème, est cependant délicat, lorsque l'agent peut agir pour le compte de plusieurs personnes publiques (a), et dans le cadre des actes de tutelles (b).

a- Le dédoublement fonctionnel mettant en relief deux personnes publiques

Dans le principe, l'action de la victime doit être dirigée contre une personne morale de droit public. Le recours, étant justifié par la réalisation du dommage imputable à elle. Cependant, la responsabilité de l'administration, étant essentiellement une « *responsabilité du fait d'autrui* », la difficulté à déterminer le responsable, intervient lorsque l'agent peut agir pour le compte de plusieurs personnes publiques. Il est dans cette perspective habilité à prendre des actes en lieu et place des services dont il a la charge et en fonction des missions qui lui incombe. On dit alors qu'il y'a dédoublement fonctionnel. L'illustration la plus étincelante, est le Maire de la Commune. Ayant une double fonction, celle d'agent de l'Etat, et celle de l'agent de la Collectivité territoriale décentralisée. Lorsqu'il officie en matière d'état civil⁵⁵, il est considéré comme un agent de l'Etat. En revanche, lorsqu'il agit dans le cadre des attributions relatives à

55 Article 77 loi N°2004/018, fixant régime applicable aux communes, le Maire et ses adjoints sont officiers d'état-civil, à ce titre, ils sont astreints à la prestation de serment devant le tribunal d'instance compétent. Article 78, lors des cérémonies officielles, ils sont astreints à porter une écharpe aux couleurs nationales.

la promotion du développement local il est agent de la Mairie⁵⁶. Alors, à quel moment, du moins sous quelle fonction devrait-on engager la responsabilité de la personne publique dans ce cas ?

La solution, est généralement simple. Est considéré comme responsable, la collectivité publique pour le compte de laquelle agissait l'auteur du dommage. Il suffit dans cette hypothèse de distinguer, parmi les compétences et les fonctions de l'agent public en cause, celle dans le cadre de laquelle, il a effectivement commis l'acte préjudiciable. Par cette opération, on arrive inéluctablement à déterminer à quelle personne publique cette compétence ou cette fonction appartient.

b- Le problème du fait dommageable des actes de tutelle

La tutelle, est le contrôle qui s'exerce entre deux collectivités publiques. Le plus souvent, elle s'effectue entre l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées, ou de service. L'exercice, de la tutelle administrative, entraîne une possibilité de substitution. La substitution arrive ainsi, lorsque l'autorité décentralisée s'est avérée défaillante dans l'accomplissement d'une de ses missions. L'article 96 de la loi n°2004/018 fixant le régime applicable aux Communes⁵⁷ envisage une pareille situation en ces termes : « *dans le cas où le Maire refuse ou s'abstient de poser des actes qui lui sont prescrits par la législation et la réglementation en vigueur, le Ministre chargé des Collectivités territoriales, saisi*

56 Article 71 loi n°2004/018 du 22 juillet 2004 fixant régime applicable aux communes. Le Maire représente la Commune dans les actes de la vie civile et en justice. A ce titre il est chargé sous le contrôle du conseil municipal, de conserver, d'entretenir et d'administrer les propriétés et les biens de la commune et d'accomplir tous actes conservatoires de ces droits ; de délivrer les permis de bâtir et de démolir ainsi que les autorisations d'occupation des sols, de pouvoir aux mesures relatives à la voirie municipale ; veiller à la protection de l'environnement, à empêcher ou supprimer la pollution et les nuisances, à assurer la protection des espaces verts.

57 Article 96 de la loi N°2004/018, fixant régime applicable aux communes.

par le représentant de l'Etat, après mise en demeure, peut y faire procéder d'office ».

L'application du droit de substitution en cas de refus et d'abstention de l'autorité décentralisée, par la tutelle, soulève assurément le problème de la détermination de responsabilité. Dans une telle période, faisant intervenir plusieurs collectivités publiques, par l'imbrication des compétences, le responsable de l'auteur de l'acte dommageable n'est aisé à identifier. Deux solutions sont tout de même mobilisables. Si le dommage est causé, c'est la collectivité décentralisée, dans les compétences de laquelle le fait dommageable a été accompli qui est d'office responsable. La responsabilité de la tutelle ne peut être convoquée que si l'on établit à la charge du représentant de l'Etat une faute propre et personnelle, distincte de celle commise par la personne décentralisée⁵⁸. Aussi, l'autorité de tutelle, se substituant, et agissant au compte de la collectivité décentralisée, dès lors qu'il y'a dommage, c'est cette dernière, qui est tenue pour responsable. A condition que la commission du dommage soit dans le cadre des compétences de laquelle l'activité dommageable s'est exercée⁵⁹. Si la détermination de la personne publique pose des difficultés comme soulevées en matière de responsabilité ordinaire, il est donné de constater qu'il n'en est pas le cas dans le régime spécial de responsabilité.

58 C.E, 29 Mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et- Moselle, GAJA, n°68.

59 C.E, 24 juin 1949, Commune de St-Servan, Rec310, R, Adm, 1949, p .465, note LIET-VEAUX. Cette solution juridiquement incontestable est néanmoins paradoxale dans la mesure où la collectivité décentralisée, mise en demeure, a refusé de prendre la mesure dommageable, prise par substitution par l'autorité de tutelle. Aussi, a-t-il été admis que celle-ci puisse être tenue d'indemniser la collectivité décentralisée au cas où une faute lourde a été commise.

2- La subrogation de la responsabilité de l'agent public à celle de l'administration

L'une des particularités du droit administratif camerounais réside dans sa spécificité hybride. Consacrant ainsi dans le cadre de la responsabilité publique, une position médiane. Laquelle position fait intervenir tantôt le juge administratif, tantôt le juge judiciaire. Ce caractère mixte du système administratif, dégage deux régimes de responsabilité. La responsabilité ordinaire longuement évoquée, fondée sur la faute de service et la faute du service. La responsabilité spéciale, qui implique les dommages causés par les véhicules administratifs, et les préjudices nés de l'enseignement public. En raison de ces différents régimes de responsabilité publique, il se distingue deux mécanismes d'établissement de la responsabilité de l'administration. Le premier concerne l'endossement direct (a), le second a trait à la substitution automatique (b).

a- L'endossement direct.

L'administration est tenue responsable devant la victime, par le mécanisme de l'endossement direct des conséquences fautives susceptibles de lui être imputées. Le préjudice qui naît de l'action de l'administration, emporte directement réparation de sa part. C'est dans les derniers publics que sera dégagee l'indemnité, selon le principe qu'elle doit compenser exactement que possible le dommage subi⁶⁰. Le mécanisme, qui consiste à endosser directement la responsabilité par l'administration intervient à l'issue de deux situations : lorsque la faute est dite du service ou anonyme, et lorsque la faute est dite de service, causée par un agent identifié. Il faut d'abord reconnaître au préalable que, le

⁶⁰ WALINE (J.) *Droit administratif* 22^e édition Dalloz p.456.

mécanisme d'endossement est affirmé par la voie réglementaire. Dans l'article 26 du décret N^o94/199 portant statut général⁶¹ de la fonction publique en ces termes : « *l'Etat doit, lorsqu'un fonctionnaire est poursuivi par un tiers pour faute de service et dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations pécuniaires prononcées contre lui* ». L'application de cette disposition trouve illustration dans l'affaire AMOUGOU Philippe, Dame NKOA Martine contre Etat du Cameroun Oriental⁶².

L'administration est mise en cause lorsque le préjudice dont la victime désire réparation est causé par son fait même, il est nécessaire que ce soit sur les fonds public que soit prélevée l'indemnité. Dans cette catégorie, de fait dommageable imputable à sa responsabilité on peut ranger : les fautes dites anonymes⁶³, le défaut d'entretien des ouvrages publics, mauvais fonctionnement du service public, retard de l'administration. Elles permettent, une fois que le dommage est réalisé, et que le lien de cause à effet existe d'imposer à l'administration une indemnité au profit du demandeur. Le juge administratif camerounais, a eu à l'occasion de plusieurs réclamations, à exiger au profit de la victime un

61 Article 26 du décret N^o94/199 du 7 octobre 1994, portant statut général de la fonction publique.

62 Arrêt N^o13 du 16 mars CFJ, affaire Amougou Philippe dame Nkoa martine/ Etat du Cameroun orientale.

63 Il n'y a pas de notion a priori de la faute du service. Selon la définition de Planiol, la faute est un manquement à une obligation préexistante. Adaptant cette formule, on peut dire que la faute du service est un manquement aux obligations du service, c'est-à-dire une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l'administration, mais non imputable à eux personnellement. C'est une défaillance dans le fonctionnement du service, de tout service, on n'est fondé à attendre un certain niveau moyen de fonctionnement, variable d'ailleurs selon la mission et selon les circonstances, la faute apparaît au-dessous de ce niveau.

droit à réparation de ces chefs de demande⁶⁴. Il a en occurrence ordonné que soit indemnisé, ENYEGUE DIPOKO Bernard, pour le mauvais fonctionnement du service public. KONTCHOU Levi-Bord, pour le défaut d'entretien des ouvrages publics, ATANGANA Adalbert lorsque l'administration avait accusé un retard. Le juge des contrats a lui aussi, abondé dans cette position. Mettant ainsi en cause la responsabilité contractuelle de l'administration dans plusieurs cas. L'usage irrégulier de ses prérogatives de puissance publique⁶⁵, l'abstention d'exécuter le cahier de charge qu'elle est tenue obligée⁶⁶. De même, l'administration est directement responsable, des fautes découlant de l'illégalité des actes administratifs, et ayant préjudicié les droits de la victime. L'article 2 alinéas 3-b⁶⁷ la rend d'office responsable, une telle option a fait l'objet d'une consécration législative. L'administration étant responsable des « *actions en indemnisation causé par un acte administratif* ».

64 Arrêt N° 41 CFJ/SCAY du 30 avril 1968 Ebode Rigobert / Etat du Cameroun. CS-CA jugement N°13 du 23 novembre 1989 Enyegue Dipoko Bernard. Jugement N°60/CS-CA du 22 avril 1976 Biakolo Max/ Etat du Cameroun. CS-CA jugement N°80/03-04 du 30 juin 2004 Beyina Messanga Jean Baptiste/ Etat du Cameroun. CFJ du 16 mars 162 dame ferrière marie / Etat du Cameroun. CS-CA jugement N°84-85/86 du 26 juin 1986 Kontchou Levi Bord/ Etat du Cameroun. Jugement N°110/85-86 du 22 septembre 1986 Kamdem Samuel/ Etat du Cameroun.

65 Jugement N°262/2010 du 22 septembre 2010 groupe Technicam SARL/ Etat du Cameroun.

66 Jugement N°50/84-85 du 1^{er} février 1985 Tameghi Boniface (Amsecom-Amseconcom)/ Etat du Cameroun.

67 Article 2 alinéa 3-b de la loi N°2006/02 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs. Loi no 65-Lf-29 du 19 novembre 1965 portant réforme du contentieux administratif. Les actions en indemnisation causé par les actes administratifs. Loi N° 69-Lf-1 du 14 juin 1969 fixant les conditions de saisine et la procédure devant la cour fédérale de justice. Ordonnance no 72/06 du 26 aout 1972 fixant l'organisation de la cour suprême. Loi no 2006/022 d 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs.

b- La substitution automatique.

Les régimes spéciaux de la responsabilité publique, ne posent pas de difficulté réelle, pour déterminer à qui incombe la responsabilité en cas de dommage. Le champ d'application étant circonscrit préalablement, et la responsabilité des personnes publiques étant réglée par les dispositions juridiques en avance. Le résumant BRECHON-MOLINES⁶⁸ indique « *les régimes législatifs de responsabilité visent généralement à offrir à la victime un débiteur solvable. A cet effet, ils désignent soit l'Etat, soit une personne administrative autre que l'Etat, débiteur primaire de l'indemnité* ». Même, si cette responsabilité est d'abord provisoire, sous réserve de la mise en jeu de l'action récursoire contre l'agent. Normalement, la responsabilité des personnes publiques, se détermine selon les méthodes générales de délimitation du domaine d'application. Le mécanisme de substitution intervenant dans le cas des dommages causés par les véhicules administratifs, et les préjudices liés à l'enseignement public.

Relativement à la responsabilité de l'administration du fait de l'enseignement public, c'est la loi française du 5 avril 1937⁶⁹ qui déclenche la substitution de la personne publique à celle de son agent. Cette loi a été mise en application dans sa substance originaire au Cameroun. Sa principale innovation, nonobstant qu'elle mettait à la connaissance du juge judiciaire les actions en réparation des dommages causés aux élèves, elle institue au profit de ces instituteurs le mécanisme de substitution de responsabilité de l'Etat. Visant alors que l'agent soit substitué à l'administration

68 BRECHON MOUENES (C), *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, BDP, LGDJ, 1974, t. 112, p 164.

69 Voir dans ce sens, la loi française, du 5 avril 1937 sur la responsabilité des membres de l'enseignement public, modifiant l'article 1384 du code civil.

dans le cadre du recours en responsabilité. A cet effet la victime doit attirer non pas l'enseignant, mais directement l'Etat devant le tribunal civil du lieu du dommage⁷⁰. Se référant à cette loi, le professeur Joseph OWONA affirme : que celle-ci, « *imposait unilatéralement et impérativement à la victime de poursuivre directement l'Etat sur la base de la faute qu'il devait établir suivant les règles de l'article 1328 du code civil pour les accidents résultant des défaillances des institutions dans la surveillance de leurs élèves* ».

Pour ce qui concerne, la responsabilité de l'administration à raison des dommages causés par les véhicules administratifs, le mécanisme ne diffère pas. L'agent public est toujours subrogé dans sa responsabilité par celle de l'administration. Elle se substitue directement à son agent. C'est à la faveur de la loi du 31 décembre 1957, adoptée à l'occasion d'une réforme du code de procédure civile que le principe de substitution de responsabilité a été posé. Cette loi a été considérée comme applicable dans la majorité des possessions françaises, et maintenue au Cameroun. Selon ses termes, la responsabilité de l'administration était engagée en vertu des « *dommages de toute nature, causés par un véhicule quelconque* », appartenant à des personnes morales de droit public, ou utilisé par l'administration. Souscrivant à cette orientation, le juge administratif a fait de la substitution une technique de mise en cause de la personne publique devant la victime. La Cour fédérale de justice, en date du 15 octobre 1969, BOLLO Joseph contre l'Etat fédéral⁷¹ conforte notre analyse. Au regard de cette affaire, le professeur Roger-Gabriel NLEP, affirmait qu'elle avait pour, « *principal effet de faire disparaître*

70 Article 3 alinéa 5 de la loi de 1937.

71 Arrêt N° 1/CFJ/ AP du 15 octobre 1969 Bollo Joseph/ Etat du Cameroun.

« La question de la double responsabilité de l'administration et de l'agent public devant le juge administratif camerounais »

l'agent à l'égard de la victime, et qui, de la sorte, sauvegarde les intérêts de ce dernier ».

B- La suppression de la responsabilité de l'agent public par la procédure de la contribution à la dette

La responsabilité définitive inhérente à la contribution de la dette, n'intervient qu'en second lieu⁷². Dans la mesure que, la personne physique (agent public), ou la personne morale (administration), qui a été condamnée à indemniser la victime se retourne contre le véritable responsable, ou les coauteurs du fait dommageable. On est en présence dans ce cas d'un règlement définitif de la responsabilité entre les véritables responsables du fait dommageable et la personne qui a été condamnée par le juge à indemniser la victime. C'est dans ce sillage que monsieur BILONG Salomon⁷³ pense à juste titre que « dans la responsabilité, celui des auteurs d'un dommage qui a payé pour le tout doit pouvoir se retourner contre les autres co-auteurs et leur demander de contribuer à la dette ». Ce type de responsabilité, qui met en exergue uniquement, et de façon interne, l'administration et l'agent public, obligeant l'un ou l'autre à contribuer pour le tout ou en partie. Dans la pratique, ce mécanisme n'a de sens que lorsque c'est l'administration qui se retourne vers son agent en guise de contribution de sa part à l'indemnité du fait de son agissement. Même si peut être marginale, l'interprétation sous-terrainne de l'action récursoire entraîne une responsabilité aléatoire de l'agent d'une part (1), d'autre part elle le remplace carrément devant la victime (2).

72 MOREAU (J.) « Responsabilité personnelle des agents publics et responsabilité de l'administration », op. cit., p. 19.

73 BILONG (S.) *Responsabilité de la Puissance publique et compétence du juge en droit camerounais*, op. cit. p. 419.

1- L'aléatoire responsabilité de l'agent public au stade de l'action récursoire

L'affirmation de la contestation de la responsabilité de l'agent public, au niveau de la procédure de l'action récursoire apparaît très osée. Quand-on sait qu'elle a toujours été présentée comme une réponse irréfragable, pour ceux qui penchent vers le postulat de la responsabilité définitive de l'agent. La négation de la responsabilité de l'agent public à ce niveau est soulevée par le professeur Roger-Gabriel NLEP⁷⁴. En scrutant l'administration publique camerounaise, il s'exprimait sans ambages « qu'aucun texte ne règle de la responsabilité de ces mêmes agents lorsque, par le jeu du mécanisme de substitution l'administration a été amenée à indemniser une tierce victime de l'acte dommageable desdits *agents* ». Subtilement introduite dans le droit camerounais, l'action récursoire n'a pas véritablement joué le rôle qui était le sien. En l'occurrence celui de mettre le fonctionnaire devant ses responsabilités, et exigé de lui sa contribution à la dette.

La responsabilité de l'agent public au regard des considérations abordées précédemment dévient aléatoire devant l'administration. Or du fait de sa malveillance, de ses imprudences il a effectivement causé des lésions à la victime. Même si l'administration la subrogé dans sa responsabilité, il reste astreint à contribuer finalement selon sa proportion à l'indemnisation encourue. Cependant, cette responsabilité de l'agent appelée de tous nos vœux n'est pas d'application absolue. La responsabilité interne et directe qui se manifeste dans les rapports agent –administration est diluée et presque quasi-inexistante. Alors qu'il est explicitement reconnu comme dans la pratique civiliste, que la responsabilité

⁷⁴ NLEP (R.-G0), *L'administration publique camerounaise : Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, LGDJ, 1986, p 359.

du commettant du fait de leur préposé soit un principe de droit administratif. En effet, le fait que la responsabilité de l'agent public devant l'administration est, aléatoire subsiste par ce que l'action récursoire est laissée à la discrétion de celle-ci. Sa mise en œuvre relève du pouvoir discrétionnaire de la puissance publique.

2- La disparition de la responsabilité de l'agent public devant l'administration au niveau de l'action récursoire

Contrairement à ce que pense Mme Clotilde DEFFIGIER⁷⁵, qui voit à travers l'action récursoire « la volonté de l'administration de renforcer la responsabilité de ses agents », plusieurs juristes souscrivent à la considérer comme la résurgence de l'irresponsabilité de celui-ci. C'est dans cette perspective que selon BINYOUM et JACQUOT⁷⁶ dans l'analyse de l'arrêt Essindi Essama concluaient que cette procédure : « (...) consacre l'irresponsabilité pécuniaire de l'agent public ». Néanmoins, si dans l'absolu l'action récursoire était perçue à priori comme un moyen de mise en jeu de la responsabilité de l'agent public, il n'en demeure pas moins qu'elle est limitée. Du fait qu'il s'agit d'un recours négligé par l'administration (a), et subsidiaire (b).

a. Un recours négligé par l'administration.

L'accroissement de l'irresponsabilité de l'agent public trouve son expression en le fait que l'action récursoire apparait de plus en plus comme un recours négligé. Il n'est pas suffisamment mis en œuvre dans les rapports entre l'administration et son personnel. Ce qui aboutissait à des résultats choquants, maintes fois dénoncés

75 DEFFIGIER (Cl.) « l'action récursoire de l'Etat contre son agent peut être exercée après une transaction », *AJDA* 2009, p 895.

76 BINYOUM (J.), JACQUOT (H.) *Le contentieux administratif*, op cit p 137.

par la doctrine⁷⁷. Même si la responsabilité de l'Etat se substitue de plein droit à celle de l'agent public, condamné pour faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions, et qu'il existe une action à l'encontre de l'agent, le recours à celle-ci est rare et peu utilisé.

Alors que l'action récursoire est une contrepartie dont jouit l'administration, lorsqu'elle a indemnisé la victime d'une faute imputable à son agent. Le faible recours à cette action ou mesure d'indemnisation, et de responsabilité définitive laisse perdurer une irresponsabilité pécuniaire des agents publics. Car si en théorie elle consacrait leur responsabilité, il s'avère que dans la pratique, elle laisse végéter une irresponsabilité du préposé de la puissance publique. Du fait, que la rareté de sa mise en œuvre contribue, à l'idée que l'agent public serait totalement soustrait de toute responsabilité. Et que l'administration a qui revient d'actionner systématiquement cette procédure n'en a pas la volonté. Justement par le souci de défendre l'honneur du service en protégeant ses membres demeure la solution retenue.

Malgré l'intérêt théorique de l'action récursoire, les limites pratiques inhérentes au déclenchement de ce recours conduisent fortement à relativiser l'existence d'une responsabilité pécuniaire de l'agent public. Son principal défaut réside dans le fait que l'action récursoire est peu utilisée voire négligée et rarement actionnée. Cette négligence est en partie le fait que l'administration à laquelle il revient l'opportunité, de la mettre en évidence préfère plutôt exercer des recours disciplinaires. En effet, l'action récursoire n'est pas exclusive des sanctions disciplinaires à l'encontre de l'agent public. Selon Monsieur TEUKAM

⁷⁷ De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier : revue de droit public 1948 et citée par MAESTRE, thèse P 196.

Jean⁷⁸, elle reste une procédure rare et peu mise en action par l'administration. Cette action reste difficilement envisageable, et nous amène à considérer que quand l'administration exerce son droit de recours contre l'agent public, il s'agirait en quelque sorte d'une sanction disciplinaire. On pourrait ainsi, affirmer, que ce droit est délaissé au profit de véritables sanctions disciplinaires. La responsabilité disciplinaire de l'agent public se substituant cependant à sa responsabilité personnelle pour faute. On pourrait donc croire, que l'absence de la mise en œuvre du recours en responsabilité contre l'agent public par l'administration, est de nature à conférer une immunité aux agents publics.

b- Un recours subsidiaire de l'administration.

Malgré la pertinence théorique de l'action récursoire, les limites pratiques continuent de laisser croire, qu'il existe une déresponsabilisation de l'agent public. Alors que, l'arrêt Laruelle avait déjà posé les bases d'une responsabilité pécuniaire de ce dernier envers l'administration. Ce qui a fait dire à Monsieur THERY⁷⁹« que la jurisprudence Laruelle nous ramène à un état de droit assez voisin de celui qu'avait institué l'article 75 de la constitution de l'An III ». L'action récursoire apparait donc comme une action subsidiaire de l'administration. Sa mise en œuvre procède de sa volonté unilatérale. Cette subsidiarité à laquelle se rattache le droit de se retourner contre l'agent public résulte de certaines considérations.

D'abord, l'administration s'abstient d'exercer son droit, à l'encontre de l'agent public par souci de protection. Elle entend protéger son préposé des conséquences réelles qui résulteraient

78 TEKAM (J.), « Fonction publique camerounaise », Statut général, *op. cit.*, p. 140.

79 THERY (J.), *op cit.*... P 79.

du recours systématique à son encontre. Cette entrave à la responsabilité de l'agent vise à réduire le risque de les inciter à la passivité⁸⁰. En effet, la récurrence du recours en responsabilité qu'exerce la puissance publique sur le patrimoine de son personnel est porteuse de risque. Elle pourrait annihiler les velléités d'anticipation et de réaction dans l'exercice de leur fonction. Car l'agent serait réduit rien qu'à l'exécution des tâches à lui définie et cependant confiné à la portion congrue pour laquelle, il a été nommé à un poste de la hiérarchie de la fonction publique. L'objectif étant à terme d'éviter de se faire appliquer une action en réparation sur son salaire, par précompte de son solde.

Ensuite, les revenus limités des agents de l'Etat obstruent en fait la possibilité de mettre à leur charge, une action en responsabilité par l'administration. Dans les pays à revenu moyen comme le cas du Cameroun une telle hypothèse trouve toute sa cohérence. Les différentes crises économiques, et les programmes d'ajustement structurel qui ont émaillées le processus de développement, n'ont pas rendu favorable la mise en œuvre d'une pareille procédure. Ils ont considérablement amené l'Etat à revoir de moitié le traitement salarial de son personnel. Cet abaissement substantiel des salaires des agents publics, ne favorise pas à l'administration de mettre en jeu la responsabilité finale de celui-ci. L'agent public est donc exonéré et affranchi de toute poursuite par l'administration, même lorsque celle-ci a indemnisé directement la victime, des fautes personnelles commises dans l'exercice des fonctions ou rendues possible par l'exécution des tâches administratives. Cette situation est d'autant plus plausible que, l'administration n'a aucune contrainte pour la mise en œuvre de l'action récursoire.

80 SIMONNEAUX (A.) *Les cumuls de responsabilités civiles, pour faute, entre l'agent public et l'administration*, Mémoire soutenue le 27 mai 2015, p 60.

Aucun texte ne l'y oblige formellement et expressément qu'en cas de condamnation, et si la faute est née du fait personnel de l'agent, qu'elle se retourne directement contre son agent mis en cause.

CONCLUSION

Le sort de la double responsabilité de l'administration et de celle de l'agent public, entraîne une réflexion paradoxale. Laquelle remet en cause aujourd'hui le principe selon lequel, tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par le fait duquel il est arrivé à le réparer⁸¹. En effet, au terme d'une analyse jurisprudentielle et textuelle, on peut inférer qu'au lieu de parler d'une double responsabilité existante entre l'administration et l'agent, on constate plutôt une certaine hyper responsabilisation de l'administration. La responsabilité de l'agent public étant ainsi marginalement et accessoirement déclenchée. La collectivité publique, se trouve alors dans ce cas, interpellée à tout va pour réparer les préjudices qui relèvent parfois du zèle de ses préposés.

81 Article 1382 du code civil.

« La République dans la nouvelle Constitution du Centrafrique »

Par **Éric Stéphane MVAEBEME**,
*Ph.D en Droit Public, Assistant
à la Faculté de Sciences Juridiques
et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun)*

INTRODUCTION

L'Etat apparait réellement comme une unité invariable et ininterrompue¹. Mais, il peut arriver que l'Etat soit ébranlé. C'est dans ce sillage que se situe l'histoire² politique et constitutionnelle de la République Centrafricaine émaillée par l'absence de stabilité³. Il s'agit d'une République qui a connu beaucoup de soubresauts internes en termes de coups d'Etats, d'ingérences externes⁴, d'insécurité, de conflits d'ordre confessionnels⁵. L'adhésion au concept et à la substance de la République est restée constante au fil des Constitutions mais elle connaît des transformations⁶ avec la plus récente Loi Fondamentale.

-
- 1 HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, deuxième édition, recueil Sirey, Paris, 1916, p.103.
 - 2 Pour d'amples développements sur l'histoire du Centrafrique, lire utilement, P. Kalk, *Histoire de la République Centrafricaine des origines à nos jours*, Paris, Berger-Levrault, 1974, 340p.
 - 3 DOUI WAWAYE (A. J.), *La sécurité, la fondation de l'Etat centrafricain : contribution à la recherche de l'Etat de droit*, Thèse de doctorat en droit public, université de Bourgogne, mars 2012, p.2.
 - 4 A titre d'exemple, l'on peut évoquer le rôle visible des commandos français dans la destitution de l'empereur autoproclamé Jean Bedel Bokassa I^{er} au travers de l'« opération Barracuda » le 20 septembre 1979.
 - 5 Lire dans ce sens, GODONOU DOSSOU (J.), « Clivages religieux et logiques meurtrières en République Centrafricaine : La quête ambiguë du numineux », *Solon, revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Volume III, n°10, Juillet 2015, pp.193-253.
 - 6 DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, 285p.

Du strict point de vue historique, la République Centrafricaine est très proche de l'Afrique Équatoriale Française (AEF). En effet, l'arrivée des européens dans la région appelée aujourd'hui République Centrafricaine fut tardive. L'occupation s'était imposée pour relier le Tchad avec les possessions françaises de l'Ouest et le Nord de l'Afrique. Pierre Savorgnan de Brazza, chargé de réaliser la liaison, a exploré la Haute Sangha. Mais, il s'est heurté à l'occupation allemande en territoire camerounais. C'est le français Alfred Uzac qui, sous l'impulsion d'Albert Dolisie, fonda le 26 juin 1899 le poste de Bangui alors que les Belges, de l'autre côté du fleuve Oubangui venaient de fonder un jour plus tôt, la ville de Zongo en face de Bangui⁷.

Vers 1885, les explorateurs belges vont découvrir le cours inférieur de l'Oubangui, affluent du fleuve Congo⁸. Les territoires situés sur les berges du fleuve furent partagés entre la France et la Belgique. La partie française s'appelait alors « *Oubangui Chari* », un fleuve d'Afrique centrale qui coule de la République centrafricaine vers le lac Tchad. Le territoire fut livré à l'exploitation des sociétés capitalistes qui soumirent les populations indigènes aux travaux forcés ; l'Oubangui Chari connut probablement, en ce temps, l'une des colonisations les plus brutales de son histoire. Le 29 décembre 1903, l'Oubangui Chari devient une colonie française. Le 11 février 1906, un décret du Gouvernement français fait de Bangui la capitale de l'Oubangui Chari. Le 15 janvier 1910, la colonie Oubangui Chari est associée à celles du Congo, du Gabon et du Tchad pour former l'Afrique Équatoriale Française (AEF).

7 Pour de plus amples détails sur la découverte et l'administration de la terre centrafricaine par les colons, lire KALK (P.), *Histoire Centrafricaine des origines à nos jours : des origines à 1966*, Paris, 1992, 2^e édition, L'harmattan (Texte abrégé d'une thèse de doctorat, 2 vols, Sorbonne, 1970).

8 DOUI WAWAYE (A.J.), *La sécurité, la fondation de l'Etat centrafricain : contribution à la recherche de l'Etat de droit*, Thèse précitée, p.3.

L'*Oubangui Chari* devient officiellement un « *Territoire d'Outre-Mer* » (TOM) le 16 octobre 1946⁹. L'influence exercée par les mouvements favorables à la décolonisation amorcée en Afrique au soir des années 1950 et la revendication de l'indépendance vont conduire le territoire appelé *Oubangui Chari* à devenir d'abord République Centrafricaine le 1er décembre 1958, puis un Etat indépendant proclamé le 13 août 1960, et admis aux Nations Unies le 20 septembre de la même année. En théorie constitutionnelle¹⁰, cela semble paradoxal et confus.

Du point de vue juridico-constitutionnel, le Centrafrique fait montre d'une certaine agitation. L'année 1959 a été une période particulièrement marquante dans l'histoire institutionnelle et juridique de la République Centrafricaine. En effet, le 16 février 1959, cet Etat proclamé République depuis le 1^{er} décembre 1958, s'est doté d'une première Constitution. Cet acte solennel, inspiré de la Constitution française de la V République, a institué un Chef d'Etat qui est en même temps Président du Gouvernement élu par l'Assemblée législative, et responsable devant elle. Les séquences majeures de la dynamique constitutionnelle¹¹ centrafricaine peuvent de présenter ainsi :

- le 9 février 1959 l'assemblée législative constituante a adopté la première Constitution centrafricaine qui établit un régime parlementaire rationalisé. Mais, le 12 décembre 1960 une révision constitutionnelle va consacrer un régime présidentiel.

9 *Ibid.*

10 Pour Carl Schmitt, c'est la Constitution qui est l'Etat parce que l'Etat est considéré normativement comme une sorte de *devoir-être* et qu'on ne voit en lui qu'un système de normes, un ordre de « droit ». Lire dans ce sens SCHMITT (C.), *Théorie de la constitution*, Leviathan, PUF, Paris, 1993, p.136.

11 KAMTO (M.), « Dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », *Revue juridique africaine*, n° 1- 2 et 3, 1995, pp.7-49.

- le 4 décembre 1976 une nouvelle Constitution érige la République Centrafricaine en monarchie constitutionnelle.
- Le 1^{er} février 1981, une autre Constitution marque le retour à la République mais elle n'a jamais été appliquée.
- le 21 novembre 1986 une nouvelle Constitution établit un régime présidentiel fort.
- le 14 janvier 1995 une Constitution instaure un régime parlement rationalisé, mais elle n'a connu que huit ans d'existence puisque par Acte constitutionnel du 16 mars 2002 elle a été suspendue puis abrogée purement et simplement par une nouvelle Constitution le 27 décembre 2004.
- « *petite constitution*¹² » ou Charte constitutionnelle du 18 juillet 2013.
- Constitution du 30 mars 2016.

C'est justement cette dernière constitution qui est le support de cette étude. La Constitution mérite cependant des précisions conceptuelles et terminologiques. Au plan formel, elle renvoie à « toute règle qui se trouve dans son texte, même si elle n'a aucun rapport ni avec les droits énoncés et garantis, ni avec l'organisation des pouvoirs publics »¹³. Le sens formel « *visé toutes les règles de rang constitutionnel (celles qui figurent dans le texte et celles qui sont considérées comme telle par le*

12 ZAKI (M.), « Petites Constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDJ*, n°6, 2012, pp.1667-1697. TUEKAM TATCHUM (C.), « Les chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des états d'Afrique noire francophone : étude à partir des exemples du Burkina Faso et de la République centrafricaine », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 25-50.

13 CONSTANTINESCO (V.), PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel*, 6^e ed., PUF, Paris, 2013, p.186.

juge constitutionnel), et qui doivent donc être respectées par les normes de rang inférieur (les lois et règlements) »¹⁴. Par contre au sens matériel, la constitution désigne un ensemble de règles juridiques essentielles ou importantes¹⁵ ayant pour but de régir l'organisation, le fonctionnement, la compétence de la puissance publique et les droits fondamentaux des citoyens¹⁶. La Constitution, loin d'être réduite à un agencement de compétences, a une valeur en soi¹⁷. La Constitution tire cette valeur de ce qu'elle contient un ensemble de principes légitimes qui sont la condition des droits fondamentaux des individus et dont nombre de constitutions modernes dressent un catalogue. Cette conception se situe dans une visée téléologique de la Constitution qui met l'accent sur un but à atteindre. La République s'inscrit ainsi dans cet idéal prôné par le texte constitutionnel. Que faut-il entendre par le monème République ?

Parmi les termes magnifiques mais aussi polysémiques du droit public se trouve celui de République¹⁸. Ce terme est ainsi un polysème car il peut revêtir, dans l'usage actuel deux ou plusieurs sens distincts¹⁹. Etymologiquement, la République ou '*chose publique*' signifie Etat, organisation politique différente de la *res privatis*²⁰. Selon le doyen Maurice Kamto, la République est née historiquement sur la rive européenne de la méditerranée²¹.

14 TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, Dalloz, 2012, pp.507-510.

15 COHENDET (M.A.), *Droit constitutionnel*, 4^{éd.}, Lextensoéditions, Montchrestien, Paris, 2008, p.85.

16 KANKEU (J.), *Droit constitutionnel*, Tome I, Editions Huit, Bamougoum, 2003, p.50.

17 NADJOMBE GMAGNIDO (G.K.), « L'idée de Constitution en Afrique noire francophone », *Afrilex revue électronique*, mai 2017, p.4.

18 TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, Lexinexis, Paris, 2017, p.425.

19 CORNU (G.), *Linguistique juridique*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, Domat, 2000, p.95.

20 VIMBERT (C.), *La tradition républicaine en droit français*, Paris, Tome 72, PUR, n° 181, LGDJ, 1992, p.18.

21 KAMTO (M.), *Déchéance de la politique*, *op.cit.*, p.182.

La naissance de la République se situe à Rome, mais la réalité qu'elle désigne est inventée par la civilisation grecque et pensée par la philosophie hellénique. La République conçoit le pouvoir comme étant la *chose publique* accessible à tous les citoyens²². Le citoyen est cet être juridique inventé par la philosophie républicaine libérale²³ tenu par des devoirs mais créancier des droits politiques. C'est sur cette conception du citoyen que va s'édifier la société nouvelle dans laquelle le pouvoir même est *chose publique*²⁴. La « chose de tous » est perçue substantiellement en référence à ceux qui ont la charge de la gérer²⁵. La *chose publique* signifie d'une part, une détermination de l'objet propre de la politique : le bien commun ; elle désigne aussi la fin du pouvoir *res publica* (chose publique) par opposition à *res privata* (chose privée). Elle est d'autre part une détermination du détenteur de la souveraineté.²⁶

Formellement, Il s'agit d'un « concept à l'imprécision juridique remarquable »²⁷. Les définitions *a contrario* sont les plus faciles à appréhender²⁸, c'est pour cela que l'on a toujours tendance à opposer la République à autre chose pour l'expliquer et la définir. Historiquement, lorsque la République apparaît pour la première fois à Rome à 509 ans avant Jésus-Christ, c'était justement pour mettre un terme à l'ère monarchique de l'histoire romaine. Elle va disparaître en 27 avant notre ère par l'instauration de l'empire. De l'époque antique jusqu'au XVIII^e siècle, la forme républicaine de

22 KAMTO (M.), « La chose publique », *Revue africaine des sciences juridiques*, Vol. 2, n°1, 2001, p.16.

23 *Ibid.*, p.16.

24 *Idem.*

25 TASSOU (T.), « La "chose publique" dans les Etats africains : sens et contresens », *RJPIC*, n° 3, septembre-décembre 2000, p.302.

26 KAMTO (M.), « La chose publique », art. cit., p.9.

27 ROUSSILLON (H.), « Le mythe de la V^{ème} République », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz ? Paris, 2003,391p.

28 PARDINI (G.), *Grands principes constitutionnels. Institutions publiques françaises*, L'Harmattan, Paris, 2009, p.9.

gouvernement ne s'est appliquée que dans des Etats modernes²⁹ et grands. Notons tout de même que la constitution américaine n'a jamais évoqué le mot *République* pourtant indubitablement elle est républicaine. Le doyen Hauriou a beaucoup œuvré pour l'élaboration d'une véritable doctrine constitutionnelle moderne de la République en reprenant certaines idées fondamentales de la pensée romaine³⁰. Pour le doyen Hauriou, la République est « d'abord une forme de gouvernement et ensuite une forme d'Etat »³¹. Pour lui, la République est « une forme de gouvernement entièrement élective, elle devient une forme d'Etat où la souveraineté nationale est plus pleinement réalisée que dans les autres... elle tend à s'identifier avec celle-ci ainsi qu'avec la démocratie » puisqu'elle est la forme de gouvernement qui permet d'appeler la Nation et non une partie de la Nation seulement à délibérer sur les lois ou les choses qui lui conviennent³². Il s'agit d'une conception qui est au centre même de l'appréhension de la République aujourd'hui. Le professeur Beaud n'est pas éloigné de cette conception car « en droit constitutionnel, la République est d'abord logiquement un Etat avant d'être l'Etat républicain »³³, l'éminent auteur estime même que « c'est par métonymie qu'on appelle souvent République ce qu'en droit on devrait appeler l'Etat »³⁴.

Matériellement, Selon le Professeur Mouangué Kobil, « la République s'articule autour de six principes majeurs à savoir :

29 MOUANGUE KOBILA (J.), « La République. Le modèle républicain français à l'épreuve des défis du XXIème siècle », *Janus, revue camerounaise de droit et de science politique*, 5^{ème} année, n° 3, mars 2011, p.34.

30 KAMTO (M.), *Déchéance de la politique*, op.cit, p.191.

31 HAURIOU(M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 1929, p.343.

32 RION (A.), *Qu'est-ce que la République, la monarchie, les lois, l'égalité, la liberté, la fraternité ?*, 4^e éd., Paris, 1833-1848, p.12.

33 BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1993, p.481.

34 *Ibid.*, p.481.

le respect des libertés fondamentales, la laïcité qui introduit la séparation de l'église et de l'Etat, l'institution du peuple comme source de tout pouvoir et de la légitimité dans l'Etat, l'égalité des citoyens, la séparation des pouvoirs, l'institution d'une justice constitutionnelle et/ou l'Etat de droit, et/ou l'indivisibilité de la République »³⁵. Ces principes, sur le plan du droit interne, pourraient être ceux que la constitution d'un Etat démocratique doit respecter³⁶. Le terme *République* peut renvoyer à l'affranchissement d'une tutelle étrangère. Dans ce sillage, la plupart des Etats issus de la décolonisation sont des Républiques. Même en Amérique du sud, la République s'impose dans la plus grande partie du continent suite à la rupture du lien colonial³⁷. L'on entrevoit la République comme « le fait, pour une collectivité, de s'arracher à un pouvoir lui confisquant sa souveraineté »³⁸. Idéologiquement, la République repose sur certains principes, certaines valeurs, ce qui veut dire que, quand on se réclame de la *République*, on a une confiance en ses valeurs et sa philosophie. C'est pourquoi le concept a été élevé au rang de « philosophie politique »³⁹, d'« idéologie »⁴⁰, ou même de « culture politique »⁴¹.

Il est utile de mentionner que l'ensemble de toutes ces définitions de la République constitue ce que le Professeur Champeils-Desplats

35 MOUANGUE KOBILA (J.), « La République. Le modèle républicain... », *art. cit.*, p.38.

36 ARNE (S.), « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux de la constitutionnalité », *RDP*, 1993, p.459. cité par P. Courtot, « La portée de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement », *RRJ-Droit prospectif*, 2002 /4, p.1746.

37 VILLAVICENCIO (S.), « La République, la nation et la démocratie à l'épreuve de la diversité », *Diogenes*, 2007/4, n° 220, p.93.

38 ARNAUD (D.), *La République a-t-elle encore un sens ?* Paris, 2010, p.116.

39 MAESTRE (J.C.), cité par GOJOSSE (E.), *Le concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècle)*, PUAM, 1998, p.22.

40 NICOLET (C.), *L'idée républicaine en France*, cité par Eric Gojosso, *op.cit.* p.22.

41 NORA (P.), « République », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p.832. cité par GOJOSSE (E.), *op.cit.*, p.22.

appelle « *définition lexicale* » car « elle se présente comme une *métadéfinition* prenant, schématiquement, la forme d'une liste de définitions »⁴². Le choix révélé d'une définition lexicale repose sur une volonté de montrer la pluralité des définitions et des conceptions reconnues à un mot.

La Constitution est l'acte supérieur, parce que son contenu est présumé contenir des règles et des principes de valeur supérieure et qui, de ce fait, sont intangibles ou, du moins, bénéficient d'une pérennité qui leur assure une puissance nouvelle. La République en tant que *philosophie* ou doctrine doit figurer dans la Constitution pour traduire sa « mise en effectivité »⁴³. L'on peut donc se demander dans le cadre de cette étude si la nouvelle Constitution centrafricaine adhère à la République ? Cela amène à s'interroger sur le caractère républicain⁴⁴ de la nouvelle Constitution centrafricaine.

Il est possible *prima facie* de répondre par l'affirmative du strict point de vue *normativiste*. La Constitution centrafricaine qui se veut originale s'inscrit dans le cadre de la troisième vague du constitutionnalisme en Afrique noire francophone, encore appelée *constitutionnalisme renouvelé*. Celui-ci « est invoqué à la manière d'un fétiche pour exorciser les vieux démons comme l'autoritarisme et la dictature »⁴⁵. Le constitutionnalisme des années quatre-vingt-dix a restauré l'espoir après la vague des

42 CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodes du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014, pp.305-306.

43 FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges Roland Drago*, éd. Economica, Paris, 1996, p.36.

44 Le terme est dérivé du substantif « République » et signifie conséquemment « qui se rattache à ». Lire utilement. TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, Lexinexis, Paris, 2017, p.425.

45 KANTE (B.), « Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in ZOETHOUT (C.) (dir.), *Constitutionnalism in Africa*, Ed. Sander Institut, 1996, p.19.

conférences nationales des forces vives des nations africaines qui ont jalonné tout le continent⁴⁶. Ce renouveau constitutionnel a pour traits saillants l'adhésion aux valeurs de l'Etat de droit et l'institutionnalisation de la démocratie pluraliste⁴⁷.

L'intérêt de cette étude est de montrer que la République est inscrite dans le constitutionnalisme des Etats africains en général et au Centrafrique en particulier. Dès lors, au regard du texte constitutionnel centrafricain, il est loisible d'y voir une adhésion à la République tant dans la forme (I) de celle-ci que dans sa substance (II).

I- L'ADHÉSION CONSTITUTIONNELLE À LA FORME DE LA RÉPUBLIQUE

La Constitution est un acte fondateur par lequel une communauté établit les conditions d'exercice du pouvoir politique⁴⁸. Il faut dire que cette règle de droit est tout sauf ordinaire. Elle se distingue des autres règles par la considération dont elle bénéficie, son contenu et sa valeur⁴⁹.

La Constitution du 30 mars 2016 ne déroge pas à ces prédicats, car elle fonde le pacte collectif centrafricain, c'est-à-dire une sorte de contrat social adapté aux besoins du moment⁵⁰.

46 TAMA (J.N.), *L'odyssée du constitutionnalisme en Afrique*, L'harmattan, Coll. Etudes africaines, Paris, 2015, p.17

47 AHADZI-NONOU (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, juillet-décembre 2002, vol. 1, n°2, pp.40-84.

48 HAQUET(A.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2017, p.1.

49 *Ibid.*

50 DOUI WAWAYE (A.J.), « La République dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone », *Revue Juridique et politique des Etats francophones*, n° 2, avril-juin 2018, p.180.

Ce pacte repose essentiellement sur une *constitutionnalisation-élévation*⁵¹ de la République qui atteste de la valeur qui lui est attachée.

L'Acte constituant centrafricain adhère assurément à la République dans la forme. Or, d'après le doyen Maurice Hauriou, la République est constituée tantôt comme la forme du gouvernement et tantôt comme celle de l'Etat⁵². La Constitution centrafricaine étant essentiellement républicaine, c'est à juste titre que l'on peut constater tant dans le préambule que dans le corpus, une adhésion à la République comme forme de gouvernement (A) et comme forme d'Etat (B).

A- L'adhésion à la République comme forme de gouvernement

Le droit constitutionnel reconnaît une kyrielle de formes de gouvernement ou de « formes politiques »⁵³. Par « *forme de gouvernement* » on entend, l'ensemble des outils créés pour atteindre les objectifs étatiques et donc, les éléments qui gouvernent la désignation des titulaires et l'exercice des fonctions attribuées aux organes constitutionnels⁵⁴. En fait, l'on serait tenté par la classification classique proposée par Georges Jellinek qui voyait deux principales formes à savoir la République et la

51 FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges Roland Drago*, *op. cit.*, p.36 et *sq.*

52 HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, librairie du recueil Sirey, Paris, 1929, p.343.

53 Syntagme ayant la même signification que « forme de gouvernement ». Lire dans ce sens, DE VERGOTTINI (G.), « Régimes politiques », in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel...*, *op.cit.*, pp.113-157 ; EISENMANN (C.), « Essai d'une classification théorique des formes politiques », in C. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, pp.327-404.

54 DE VERGOTTINI (G.), « Régimes politiques », in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.) *Traité international de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p.126.

monarchie⁵⁵. Charles Eisenmann proposait un prolongement de la conception de Jellinek en postulant *monocratie* et *démocratie*.

La République est ainsi la forme de gouvernement permanente et définitive dans la mesure où cette dernière est sanctuarisée et sacralisée par la loi fondamentale qui incarne, « *l'acte d'institution par lequel un peuple souverain crée sa propre forme de gouvernement* »⁵⁶. La Constitution centrafricaine adhère à la République comme forme de gouvernement dans la mesure où elle prône la répulsion des fonctions gouvernementales éternelles (1) et promeut l'élection comme mode d'accès à ces fonctions (2).

1- La répulsion des fonctions gouvernementales *ad vitam aeternam*

Pour Jellinek, le gouvernement est l'organe suprême de l'Etat, c'est-à-dire celui qui donne une impulsion à l'Etat. Si cet organe suprême est composé de plusieurs personnes on parlera de République, s'il est constitué par une seule personne, on parlera de monarchie⁵⁷. Dans un régime constitutionnel républicain, l'on ne peut qu'exclure la transmission du pouvoir par la voie héréditaire (a) pour sacraliser le mandat (b).

a- L'exclusion de la transmission héréditaire du pouvoir

Les pays fonctionnant sur la base du système royal, c'est-à-dire un système qui admet la transmission du pouvoir politique de père en fils sans recours aux élections⁵⁸ consacrent l'hérédité et non

55 JELLINEK (G.), « L'État moderne et son droit », cité par EISENMANN (C.), « Essai d'une classification théorique des formes politiques », in Charles Leben, *op.cit.*, p.353.

56 ESPLUGAS (P.), EUZET (C.), MOUTON (S.), VIGUIER (J.), *Droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Ellipses, 2004, p.55.

57 DESWARTE (M.P.), *Essai sur la nature juridique de la République*, L'harmattan, Paris, 2003, p.23.

58 Comme le Maroc.

les élections comme mode de compétition politique⁵⁹. En quelque sorte, la succession revient de droit au descendant royal suivant l'ordre de primogéniture, souvent à l'exclusion des femmes.

En parcourant le texte constitutionnel centrafricain du haut de ses 159 articles, il est loisible de dire que ce texte dénie toute transmission du pouvoir par la voie héréditaire. De ce fait, la République est assurément la forme de gouvernement postulée, dans la mesure où aucune haute fonction politique ne se transmet de façon héréditaire.

Le constitutionalisme moderne par principe ramène l'hérédité au stade de pratiques surannées propres aux monarchies décadentes⁶⁰. A y regarder de près, la succession héréditaire, lorsqu'elle résulte de la volonté démocratiquement exprimée du peuple est bien conforme à l'esprit républicain⁶¹ tel que démontré Outre-Atlantique avec les Bush et les Bongo au Gabon. Parce que justement, c'est le peuple, c'est-à-dire le Souverain, qui a choisi à qui confier les rênes du pouvoir dans le cadre d'un mandat.

b- La sacralisation du mandat

La Charte africaine des élections et de la gouvernance⁶² stipule dans son article 3 que, « *les Etats parties s'engagent à mettre en œuvre la présente Charte conformément aux principes énoncés*

59 ESSEBA (C.), « Les modifications constitutionnelles sous le prisme des successions politiques héréditaires en Afrique noire : résistance politique au verdict du temps ou désir d'éternité politique », *RAEPS*, université de Yaoundé II, n° 7, 2010, p.172. L'auteur va même plus loin en estimant que la prise de pouvoir par les fils des chefs d'Etats défunts notamment au Togo, au Gabon tend à être interprété comme une transposition du mode de transmission royal du pouvoir, mais par le biais d'élections assimilées à des « mascarades ». ce point de vue peut être nuancé.

60 NJOYA (J.), « Parenté et politique en imbrication : la construction politico-juridique de la succession héréditaire », *Polis / Revue camerounaise de science politique*, 16 (1-2), 2009, p.41.

61 *Ibid.*, p.49.

62 Adopté à Addis Abeba le 30 janvier 2007.

ci-après : le respect des droits de l'homme et des principes démocratiques ; l'accès au pouvoir et son exercice, conformément à la Constitution de l'État partie et au principe de l'État de droit ; la promotion d'un système de gouvernement représentatif...». Bien que le monème « mandat » soit absent pratiquement du texte de la Charte⁶³, l'idée de *mandature*⁶⁴ est plus que présente.

En République en général, il faut bien que les pouvoirs des gouvernants soient limités dans un intervalle précis : le « mandat »⁶⁵. Il fait office de borne temporelle des pouvoirs de l'ordre gouvernant puisque ce n'est qu'en République que les prestations des détenteurs de l'autorité de l'État et autres sont ou se doivent d'être renouvelées. L'institution du mandat rompt avec l'idée de pouvoir indéfini, de pouvoir hors du temps⁶⁶, de « pouvoir personnel »⁶⁷. Le mandat traduit le fait qu'il y a, ou qu'il doit y avoir, un rapport entre le temps et la performance politique. Là où le temps n'est pas compté, l'évaluation de la performance politique devient difficile et hasardeuse⁶⁸. La République est une forme de gouvernement *pro tempore*⁶⁹ dans la mesure où, la

63 NGAHODJIM (N.), « Charte Africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance : une analyse critique », *Open Society Institute, Africa Governance Monitor and Advocacy Project*, p.5.

64 « C'est la durée constitutionnellement requise pour l'exercice des pouvoirs qui sont dévolus aux élus », in GUIMEZANES (M.), « Les transitions constitutionnelles "internationalisées" : étude de droit interne », *RFDC*, 2015/4, n° 104, pp. 801

65 Pour avoir une idée du mandat transposable à d'autres pays d'Afrique subsaharienne comme le Centrafrique, lire utilement, NJINGA TCHOUNGNIA (G.), *Le mandat des élus au Cameroun. Contribution à l'étude du principe représentatif en droit public camerounais*, Thèse de droit public, université de Douala, décembre 2012, 686p.

66 OLINGA (A.D.), « Les élus : la question des mandats électoraux », Communication à l'Académie de Droit Constitutionnel, 1^{ère} Session, Yaoundé, 28 Juillet- 6 août 2008, p.7.

67 OWONA NGUINI (M-E), « Le gouvernement perpétuel en Afrique centrale : le temps politique présidentieliste, entre autoritarisme et parlementarisme », *Enjeux*, n°19, avril-juin 2004.

68 OLINGA (A.D.), « Les élus... », art.cit. p.7.

69 C'est-à-dire qui tient compte de la donnée temporelle. Juan-J LINZ, « Les contraintes temporelles de la démocratie », in SANTISO (J.) (dir.), *A la recherche de la démocratie, Mélanges offerts à Guy Hermet*, Paris, Karthala, 2002, pp.13-14.

bannière temporelle est liée à l'obligation d'organiser les élections périodiques⁷⁰. L'organisation périodique des consultations électorales est une cristallisation de la République dans le sens où l'autoritarisme est souvent considéré comme un gouvernement illimité⁷¹ puisqu'ici, il n'existe pas de limite de temps explicite.

La République, d'après le doyen Hauriou, est une forme de gouvernement qui exige que les gouvernants élus ne le soient pas à vie, mais seulement pour un temps⁷². D'ailleurs, il renchérisait en disant qu'un consulat à vie n'est pas républicain⁷³. L'Etat centrafricain, en adhérant à la République a formellement tourné le dos à la non-République qui postule des fonctions viagères des gouvernants. Le texte constitutionnel prévoit explicitement que « la durée du mandat du Président de la République est de cinq (5) ans »⁷⁴. *Le peuple centrafricain élit au suffrage universel direct pour un mandat de 5 ans des citoyens qui constituent l'Assemblée Nationale*⁷⁵. L'article 73 de la Constitution précise que les représentants élus de collectivités territoriales élisent, au suffrage universel indirect, pour une durée de 5 ans des citoyens qui constituent le sénat. L'élection fait ainsi office de code d'accès aux hautes fonctions républicaines.

2- L'élection comme mode d'accès exclusif à certaines fonctions

L'élection a été inventée comme le moyen de porter au gouvernement des individus jouissant de la confiance de leurs

70 LINZ (J.J.), « Les contraintes temporelles de la démocratie... », art.cit., p.14.

71 *Ibid.*, p.15.

72 HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel...*, op.cit., p.343.

73 *Ibid.*, p.343.

74 V. article 35 alinéa 2 C. du 30 mars 2016.

75 V. article 68 C. du 30 mars 2016.

concitoyens⁷⁶. Les *élections compétitives et disputées*⁷⁷, où les citoyens choisissent entre plusieurs candidats, sont la base des démocraties libérales⁷⁸ et de la République. Ainsi, à bien regarder la Constitution centrafricaine, les élections sont en même temps généralisées (a) et protégées (b).

a- La généralisation des élections

En adhérant à la République le constituant centrafricain a voulu généraliser le fait électoral, car cette forme de gouvernement n'admet que l'élection comme mode d'accès aux hautes fonctions étatiques. Cela est en conformité avec la Charte africaine des élections et de la gouvernance qui érige la tenue régulière d'élections transparentes, libres et justes⁷⁹ en principe fondamental.

Il est vrai que les élections en Centrafrique ont souvent senti le souffre⁸⁰, mais, que ce soient les élections politiques ou nationales et les élections administratives ou locales, elles sont la cristallisation de la prise en compte du vote du Peuple Souverain. Ainsi, le Président de la République centrafricaine est élu au suffrage universel direct et au scrutin secret. La durée de son mandat est de 5 ans⁸¹.

En permettant à de larges franges de la population de participer médiatement à la gestion des affaires publiques par la désignation

76 MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, Paris, 1996, p.259.

77 KOMLA KOKOROKO (D.), « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp.115-125.

78 BITJOCA (L.G.), « L'élection comme mode de (re)fondation du pouvoir d'Etat en Afrique », *revue Droit sénégalais, Pouvoirs et droit en Afrique francophone*, n° 9, 2010, p.146.

79 V. article 3 (4) de la CADEG entrée en vigueur en 2012.

80 NIEWIADOWSKI (D.), « Les élections centrafricaines : un nouveau mirage de la démocratie dans la CEEAC », *Afrilex*, avril 2015, 27p.

81 V. article 35 C. du 30 mars 2016.

des gouvernants, les élections sont un facteur d'intégration nationale en même temps qu'elles apparaissent comme un puissant moyen d'éducation citoyenne favorisant l'obéissance civile, émoussent irremplaçable des rivalités entre groupes sociaux, courants politiques et individus aux intérêts divers et souvent divergents. Par le respect des « délais électoraux »⁸² mentionnés, le texte fondamental centrafricain participe aussi à la veille de la régularité des différentes élections.

b- La veille de la régularité des élections

Les élections sont une institution qui mérite une veille. Celle aménagée par le constituant centrafricain est juridictionnelle et non juridictionnelle.

La veille juridictionnelle des élections est assurée par la cour constitutionnelle qui peut par moment être considérée comme « juge ordinaire ou électoral »⁸³. Cette dernière est compétente pour connaître du contentieux électoral, veiller à la régularité des consultations électorales, examiner les réclamations, veiller à la régularité des opérations référendaires et examiner les réclamations⁸⁴. Au vu de toutes ces attributions, il y a lieu de relever que la cour constitutionnelle centrafricaine est un « maître de la justice »⁸⁵ électorale dans la mesure où beaucoup de pans du contentieux lui sont attribués. Ce juge dispose de compétences

82 KPENONHOUN (C.), « Les délais constitutionnels applicables aux élections nationales dans les États d'Afrique de l'ouest francophone », *Revue béninoise de Science Po*, vol. 1, n° 1, mai 2017, pp.148 et s.

83 FAVOREU (L.) et MASTOR (W.), *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2011, pp.112-118.

84 *V.* article 95 C. du 30 mars 2016.

85 SOMA (A.), « Le statut du juge constitutionnel africain », in AÏVO (F. J.) (coord.), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique, Mélanges Maurice Ahanhanzo Glèlè*, Etudes africaines, Paris, pp. 474 et s.

assez étendues dans le champ du contentieux des droits électoraux, ce qui fait de lui un protecteur immédiat de la démocratie.

La veille non juridictionnelle des élections est aussi assurée dans la Constitution par un organe dénommé « Autorité Nationale des Elections »⁸⁶. La Cour constitutionnelle béninoise en parlant de la CENA (cela vaut aussi pour l'ANE) la présente « *comme une autorité administrative, autonome et indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ; ... en tant qu'autorité administrative et indépendante, (elle) est liée à la recherche d'une formule permettant d'isoler, dans l'Administration de l'Etat, un organe disposant d'une réelle autonomie par rapport au gouvernement, aux départements ministériels et au parlement, pour l'exercice d'attributions concernant le domaine sensible des libertés publiques en particulier des élections honnêtes, régulières, libres et transparentes* »⁸⁷. *Stricto sensu*, il s'agit d'une autorité publique indépendante⁸⁸. Son inscription dans la Constitution fait d'elle une « autorité constitutionnelle indépendante »⁸⁹. Cette catégorie d'autorité administrative indépendante est un mécanisme auquel l'État recourt de plus en plus fréquemment pour accomplir certaines fonctions relatives aux libertés fondamentales ou aux activités économiques⁹⁰ avec en prime l'octroi de la personnalité

86 V. titre XIII de la constitution. L'A.N.E. compte sept membres désignés par les partis politiques, les organisations de la société civile et les pouvoirs publics selon des critères de probité, compétence, neutralité et indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics et des partis politiques (article 12 de la Loi du 20 août 2019 portant Code électoral).

87 Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994, président de la République. Pour une présentation de la CENA, lire SALAMI (I. D.), MELONE GANDONOU (D.), *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Cédât, Cotonou, 2014, pp. 276 et s.

88 Sur l'émergence de ces nouvelles structures, lire utilement, MONEMBOU (C.), « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif camerounais », *RBSJA*, n° 38, 2017, pp. 223-263.

89 DELAUNEY (B.), « Les autorités constitutionnelles indépendantes », *AJDA*, 2011, p. 817.

90 MARTIN (S.), « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, 01 janvier 2013 n° 1, p. 53

juridique. Cette structure protège les élections dans la mesure où elle assure la conformité du processus électoral. Elle protège aussi les élections par le fait qu'elle soit autonome et indépendante, en tournant le dos à l'« Etat organisateur des élections »⁹¹ qui s'était avérée incapable de protéger les élections. Par ce qu'elle a droit à la personnalité juridique, elle peut normalement ester en justice pour mieux protéger les élections. Il s'agit d'une exigence de la Charte Africaine des Elections et de la Gouvernance (CADEG) qui oblige chaque Etat à créer et renforcer les organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux, chargés de la gestion des élections⁹². La République centrafricaine n'est pas pionnière dans ce domaine car ce genre de structure se trouve au Cameroun (*ELECAM*), en RDC⁹³, et au Sénégal⁹⁴. Ce type d'institution connaît une certaine prolifération en Afrique noire francophone au point où la doctrine en parle en termes de convergence⁹⁵. La République équivaut aussi à la forme même de l'Etat.

B- L'adhésion à la République comme forme de l'Etat

La Constitution centrafricaine est claire là-dessus, « la forme de l'Etat est la République »⁹⁶. Dans la logique du doyen Hauriou, la République est constituée tantôt comme la forme du gouvernement et tantôt comme celle de l'Etat⁹⁷. Si la République est une forme d'Etat, cela signifie que la démocratie doit se retrouver à l'intérieur de l'Etat⁹⁸. Pour l'éminent auteur, la République est la forme de

91 KANE (M.), *Etude des processus électoraux en Afrique : l'exemple du modèle démocratique du Sénégal*, Thèse de droit public, Université de Perpignan via Domitia, 19 avril 2019, p. 49.

92 V. article 17 (1) de la CADEG.

93 Commission électorale indépendante.

94 Commission électorale nationale autonome.

95 BALDE (S.), *La convergence des modèles constitutionnels. Etude de cas en Afrique subsaharienne*, éditions Publibook, 2011, 536 p.

96 V. article 24 C. du 30 mars 2016.

97 HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 343.

98 PONTIER (J.M.), « La République », *Recueil Dalloz*, 17 septembre 1992, p. 241.

l'Etat qui permet la réalisation de la souveraineté nationale (1) en s'identifiant à la démocratie (2).

1- La réalisation de la souveraineté nationale au Centrafrique

La République est la réalisation naturelle et adéquate de la souveraineté nationale⁹⁹. Ceci voudrait dire que la République est le réceptacle idéal de la souveraineté nationale. Cela démontre à suffisance que le principe de la souveraineté nationale tel qu'il est consacré en droit constitutionnel centrafricain, s'harmonise complètement avec la République démocratique¹⁰⁰. C'est fort opportunément que l'article 26 de la constitution du 30 mars 2016 reconnaît que « *la souveraineté nationale appartient au peuple centrafricain qui l'exerce soit par voie de referendum soit par l'intermédiaire de ses représentants* ». C'est en convergence avec des constitutions du Bénin¹⁰¹, de la Côte-d'Ivoire¹⁰², de Djibouti¹⁰³, du Gabon¹⁰⁴, du Mali¹⁰⁵, du Sénégal¹⁰⁶, et même du Tchad¹⁰⁷. La souveraineté nationale telle qu'elle est exercée dans ces Etats, charrie tout de même certaines implications : elle est unique et indivisible (a), inaliénable et imprescriptible (b).

a- La souveraineté nationale : une et indivisible

La nation, être collectif et unique, n'a qu'une seule volonté¹⁰⁸ d'autant plus que dans son ensemble, elle détient la souveraineté¹⁰⁹.

99 ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel...*, op.cit., p. 169.

100 *Ibid.*, p. 169.

101 Article 4 de la Constitution du 11 décembre 1990.

102 Article 32 de la Constitution de Côte d'Ivoire du 23 juillet 2000.

103 Article 3 de la Constitution du 4 septembre 1992.

104 Article 3 de la Constitution gabonaise.

105 Article 26 de la Constitution malienne de 1992.

106 Article 3 de la Constitution du 7 janvier 2001.

107 Article 3 de la Constitution du 31 mars 1996.

108 CHAMPAGNE (G.), *Droit constitutionnel*, 10^e édition, lextensoédition, Paris, 2011, p. 77.

109 OGO SECK (P.), *L'idée de Nation en Afrique noire*, Thèse de sciences politiques, Université de Paris, 1994, lu à www.memoireonline.com, consulté le 03 novembre 2017.

Le peuple pris ici comme collectif des personnes jouissant de la capacité juridique d'action politique dans un Etat¹¹⁰ peut ainsi exercer sa souveraineté par le truchement d'« élus¹¹¹». André Hauriou pense que : « *la souveraineté nationale ne peut s'exprimer que par l'intermédiaire de représentants* »¹¹². Ainsi, la plénitude du caractère représentatif apparaît dans les assemblées législatives¹¹³ étant donné que c'est à travers elles que les représentants sont visibles dans les constitutions contemporaines comme celle du Centrafrique. En l'espèce, la Constitution du Centrafrique va un peu plus loin comme le texte fondamental français en précisant à juste titre que : « *la souveraineté nationale appartient au peuple centrafricain qui l'exerce soit par voie de referendum, soit par l'intermédiaire de ses représentants* »¹¹⁴. Par la technique du referendum, le peuple centrafricain peut agir directement. Il agit indirectement en désignant les pouvoirs constitués¹¹⁵ éligibles comme le Parlement qui dans ce cadre est bicaméral¹¹⁶.

b- La souveraineté nationale: inaliénable et imprescriptible

La souveraineté est inaliénable, c'est-à-dire que la nation ne peut déléguer sa souveraineté que pour une durée limitée¹¹⁷. Autrement dit en République, les fonctions confiées aux représentants ont

110 Au sens de Madison et Jefferson, le peuple désigne la population politique de l'Etat. Voir, PIERRE-CAPS (S.), « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa*, 2014, p. 11.

111 Pour R. CARRE DE MALBERG, « *sans élection, pas de représentation* ». Autrement dit, pour bénéficier de la qualité de représentant, il faut avoir été élu. On lira utilement, *Contribution à la théorie générale...*, *op.cit.*, p. 270.

112 HAURIOU (A.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Montchrestien, Paris, 1970, p. 320.

113 ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 228.

114 V. article 26 alinéa 1 C. du 30 mars 2016.

115 LAFERRIERE (J.), *Manuel de droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1947, p. 359.

116 Le Parlement centrafricain est bicaméral car il comprend l'Assemblée Nationale et le Senat. Voir Article 63 de la Constitution.

117 CHAMPAGNE (G.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 77.

une durée. Cela remet au gout du jour la question du mandat qui repose essentiellement sur une base temporelle.

L'aliénation renvoie à un résultat de la transmission de la propriété d'un bien¹¹⁸ à la suite d'une transaction, ce qui voudrait dire que l'aliénabilité quant à elle, est une caractéristique d'un bien dont le propriétaire peut transmettre son droit ou constituer un droit réel au profit d'un tiers¹¹⁹. Eu égard à la souveraineté nationale, l'aliénation n'est pas admise. Le constituant centrafricain a consacré cette inaliénabilité en ces termes : « aucune fraction du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice, ni l'aliéner »¹²⁰.

La souveraineté nationale est aussi imprescriptible, c'est-à-dire que la nation peut toujours décider de récupérer la souveraineté au moment de son choix, et ceci quelle que soit la durée pour laquelle a été délégué son exercice.

2- L'identification de la République à la Démocratie au Centrafrique

Dans la perspective du doyen **Hauriou**, la République centrafricaine s'identifie à la démocratie. Il ne peut en être autrement, car le Centrafrique ayant opté pour le modèle républicain, la démocratie ne pouvait que s'inscrire à l'intérieur. C'est dans cette optique que Marc Sadoun a pu dire « qu'aujourd'hui, dans bon nombres d'Etats, l'écorce est la démocratie et la substance la République »¹²¹. La démocratie en tant que « modèle culturel et normatif et modèle

118 CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 1^{ère} édition, Paris, Litec, 2002, p. 18.

119 GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e édition, Paris, Dalloz, 2017, p. 61.

120 Article 26 alinéa 2 C. du 30 mars 2016.

121 SADOON (M.) « République et démocratie », *Pouvoirs*, n° 100, 2001 p. 5.

institutionnel »¹²², va toujours de pair avec la République¹²³ en contexte centrafricain.

*Étymologiquement la démocratie est issue du terme grec *demokratos* qui désigne le gouvernement de tous, c'est-à-dire la souveraineté collective, par opposition au gouvernement de quelques-uns (aristocratie) et au gouvernement d'un seul¹²⁴ (monocratie). L'on peut sans doute prétendre qu'une définition étymologique du monème « démocratie » n'est pas forcément vouée à l'éternité mais l'on doit tout de même convenir que l'usage constant et commun de l'étymologie d'un terme permet d'en déterminer assez rigoureusement le sens. L'usage politique et juridique du terme ne s'est effectivement jamais écarté de ce sens premier: la démocratie c'est le pouvoir du peuple, c'est-à-dire, concrètement, de l'ensemble des citoyens statuant en majorité.*

in situ, le mérite de l'instauration de la démocratie en Afrique et au Centrafrique en particulier est d'avoir solennellement affirmé le caractère universel de ses principes et règles qui s'articulent fondamentalement autour de la primauté du suffrage universel, de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de la justice, de la garantie des libertés d'expression et du respect des droits de l'homme. Mais au-delà de certaines réalisations, il est possible de dire que du point de vue formel, la République centrafricaine est démocratique dans la mesure où elle reconnaît dans son texte fondamental les deux idées de la démocratie chez Hans Kelsen ; à

122 MOUELLE KOMBI (N.), *La démocratie dans la réalité camerounaise. Libertés, légitimité, et modernité politique sous Paul Biya*, Dianōia, Paris, 2013, p. 9

123 *A contrario*, ce que pensent Emmanuel Kant, TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, Lexinexis, Paris, 2017, p. 425.

124 Le POURHIET (A.M.), « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011/3, n° 87, p. 454.

savoir la liberté et l'égalité¹²⁵. Ces deux piliers ont un ancrage à la fois dans le préambule et dans le corpus constitutionnel.

Du point de vue de la forme, la Constitution du Centrafrique est « républicaine », car la République y est inscrite tant comme forme de gouvernement que comme forme de l'Etat. Il est désormais clair que, cette Constitution adhère aussi à la substance de la République.

II- L'ADHESION CONSTITUTIONNELLE A LA SUBSTANCE DE LA REPUBLIQUE

La Constitution du 30 mars n'adhère pas seulement à la République dans sa forme, car elle y souscrit aussi du point de vue matériel.

Cette souscription atteste du fait que la République, dans son contenu, sa substance, est inscrite dans la Loi Fondamentale centrafricaine. Ainsi, les principes (A) et les valeurs (B) de la République figurent dans la Constitution de l'ex *Oubangui-Chari*.

A- L'inscription constitutionnelle des principes de la République

L'uniformité de la République au Centrafrique se construit sur des principes et règles qui, selon la terminologie du Professeur Jean-Marie Pontier représentent ses « traits »¹²⁶. Ces derniers sont en quelque sorte des caractéristiques de la République parce que certains d'entre eux permettent de définir le concept de République. La République en elle-même est une pluralité de principes qui permettent de la différencier d'autres formes de gouvernements ou formes politiques.

125 KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, Economica, Paris, 1988, p. 17 et sq.

126 PONTIER (J.M.), *La République en France, op. cit.*, pp. 115-137.

En l'espèce, la Constitution centrafricaine est d'un grand apport car, le Constituant a lui-même décliné ce qu'il entendait par *les principes de la République*. D'après l'article 25 de la constitution-objet d'étude, « *les principes de la République sont : le Gouvernement par le peuple et pour le peuple, la séparation de l'Etat et de la religion, l'unité nationale, la paix sociale, la justice sociale, la solidarité nationale, la bonne gouvernance, le développement social et économique* ».

Il faut relever que les principes de la République présents dans la Loi Fondamentale sont à la fois classiques (1) car ils appartiennent au « socle commun républicain », et typiques (2) par leur originalité.

1- La présence des principes classiques de la République

L'unité et *l'indivisibilité* sont des principes qui appartiennent au patrimoine commun de la République dont se réclament les ex colonies de la France. C'est donc par « solidarité idéologique»¹²⁷ que les Etats africains ont réceptionné cette tradition républicaine française qui a pris corps à partir de la Révolution de 1789. La Constitution du Centrafrique ne déroge pas à cette règle. C'est à bon droit que l'article 24 précise que « *la République centrafricaine est un Etat... unitaire, ... indivisible...* ».

En règle générale, l'unité et l'indivisibilité de l'Etat sont traditionnellement reconnues par des dispositions constitutionnelles relatives à la préservation de l'intégrité du territoire national : aucune de ses parties ne peut être cédée, et des mesures exceptionnelles exigées par les circonstances sont

¹²⁷ Merle cité par ONDOA (M.), « une résurrection : Le régime parlementaire camerounais », *AFSJP /UD*, N°2, 2002, p. 26.

susceptibles d'être prises par l'exécutif (le plus souvent après consultation des autres organes constitutionnels) en cas de péril grave et immédiat menaçant tout ou partie du territoire. Mais les principes d'unité et d'indivisibilité sont difficiles à séparer en Afrique en général et au Centrafrique en particulier ; en témoigne le fait qu'ils soient inscrits côte à côte dans la grande majorité des Constitutions. D'abord, parce que l'unité tend à préserver l'indivisibilité et celle-ci tend à garantir l'unité ; ensuite parce que pris ensemble, ces principes visent à convaincre la population de l'Etat de la nécessité d'une solidarité présente entre ses membres fondés sur une communauté du sol et de destin ; en même temps, ils expriment la volonté de l'Etat de garantir sa cohésion sociale et sa perpétuation dans l'avenir¹²⁸.

D'après Henri Capitant, la *laïcité* est une « conception politique impliquant la séparation de la société civile et de la société religieuse, l'Etat n'exerçant aucun pouvoir religieux et les églises aucun pouvoir politique »¹²⁹. La laïcité s'exprime en une distinction du politique et du religieux dans l'action publique¹³⁰. Le constituant africain subsaharien a préféré constitutionnaliser le principe de laïcité afin de ne pas susciter des conflits confessionnels dans ces espaces territoriaux multiethniques et multiculturels où les adeptes des différentes religions se répartissent sinon en nombre relativement égal du moins dans des proportions telles qu'une seule religion ne puisse être extirpée de l'ensemble pour être érigée en religion de l'Etat sans mécontenter dans le même temps une partie importante de la population jusqu'à susciter chez

128 WANDJI KANDA (J.F.), « Les principes fondamentaux de l'Etat en Afrique », *Revue CAMES/SJP*, n°002/2015, p. 59.

129 CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1936, p. 305.

130 BORELLA (F.), *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Science politique, 2008, p. 334.

elle un désir de sécession¹³¹. La portée du principe constitutionnel de laïcité est indéniable car ce dernier peut être considéré comme un pilier de l'émancipation individuelle et politique, une valeur universelle¹³². Le principe de laïcité promeut l'avènement d'une société de tolérance et représente en même temps, un instrument de paix et du « vivre ensemble »¹³³.

Il est indéniable que la Constitution centrafricaine¹³⁴ contient une « déclaration de laïcité »¹³⁵ qui proclame et atteste du caractère laïc de l'Etat. Il est à noter que le principe constitutionnel de laïcité se construit autour de quatre sous-principes fondamentaux, entre autres : La non-ingérence des confessions religieuses dans les affaires de l'Etat ; la non-ingérence de l'Etat dans les affaires des confessions religieuses (organisation interne d'une église, dans la définition de ses positions éthiques ou même dans la nomination de ses représentants, comme c'est le cas dans l'Alsace-Lorraine) ; la garantie par l'Etat de l'autonomie de chaque individu quant à ses conceptions philosophiques ou religieuses. Ce qui voudrait dire que, l'Etat garantit une égalité de traitement à l'égard de chaque individu et de chaque groupe particulier ; dans le cas de l'existence d'un financement des organisations confessionnelles ou non confessionnelles par l'Etat, cette pratique devrait répondre aux critères d'équité et de transparence¹³⁶. Il y a lieu de dire malgré que la laïcité soit postulée par les constitutions africaines,

131 WANDJI KANDA (J.F.), « Les principes fondamentaux de l'Etat en Afrique », art. cit., p. 65.

132 EL-HAGGAR (N.), « Introduction. La laïcité, ce précieux concept », in *La laïcité, ce précieux concept*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 20.

133 Le « vivre ensemble », encore appelé « reliance sociale » a cruellement manqué au Centrafrique au regard des conflits confessionnels ayant opposé les *anti-Balaka* (milices chrétiennes) aux *Seleka* (milices musulmanes) ces dernières années.

134 *V.* article 24 C. 30 mars 2016.

135 FERRARI (S.), « Constitution et religion », in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel...*, *op.cit.*, p. 449.

136 EKANI EBO'O (J.S.), « L'effectivité du principe de laïcité dans les Etats d'Afrique noire d'expression française », *RADSP*, vol. II, n°4, juillet-décembre, 20014, p. 130.

ce principe demeure difficilement applicable¹³⁷ au point où on évoque « la laïcité et de ses contraires »¹³⁸, pour parler d'une laïcité utopique. Concrètement, la dilution de la laïcité est souvent constatée par un soutien mutuel entre l'Etat et les Eglises. Ces principes classiques vont de pair avec ceux qualifiés de modernes, d'originaux ou d'inédits.

2- L'émergence des principes typiques de la République

L'unité nationale a été érigée au Centrafrique en principe émergent, voire moderne. Etant donné le caractère unitaire de ce pays, c'est à bon droit qu'il faut promouvoir cette unité. Les propos de Monsieur Paul Biya sont aussi transposables au Centrafrique dans le sens où : « *l'unité nationale ne se résume pas au sentiment trop souvent limité et passif d'appartenir ou de vouloir appartenir à une même communauté, elle est surtout une volonté commune, une volonté unanime de sentir, d'entreprendre et de construire ensemble, une volonté unanime de marcher et de monter ensemble vers un même but et de partager fraternellement les mêmes idéaux et les mêmes espérances* »¹³⁹.

La *justice sociale* qui est aussi érigée en principe inédit de la République centrafricaine est une construction morale et politique qui vise l'égalité des droits et conçoit la nécessité d'une solidarité collective entre les personnes d'une société donnée. La justice sociale est dite *commutative* quand elle est fondée sur l'idée que la pure réciprocité doit exister entre les membres et la société (chacun reçoit en contrepartie mesurée d'un effort fourni). Elle

137 CABANIS (A.), « De la laïcité à la française à la laïcité dans les Constitutions de l'Afrique francophone », *Droit sénégalais, Droit, Politique et religion*, n° 8, 2009, pp. 19-32.

138 REMOND (R.), « La laïcité et ses contraires », *Pouvoirs*, n°75, 1995, p. 10.

139 Discours du Président Paul Biya à Maroua, in *Cameroon Tribune*, n°2669 du 6 mai 1983, cité par NGADJUI (N.), *La conception camerounaise de la nation... op.cit.*, p. 122.

sera, en revanche, qualifiée de *distributive*, si elle vise à donner à chacun la part qui lui revient pour vivre décemment, en se réservant de préciser quels critères ou catégories seront utilisés pour élaborer cette distribution (économique, sociale, culturelle). Les actions ayant pour objectif de rétablir une justice sociale visent à élaborer un meilleur système de répartitions, où chaque individu a et conserve les mêmes chances de réussite tout au long des situations de sa vie d'individu. Ainsi, on parle parfois d'« égalité des chances ». Les corrections nécessaires peuvent être sociales, financières ou culturelles. Dans son ouvrage majeur sur la *Théorie de la justice* de 1971, le libéral John Rawls écrit qu'une société est juste si elle respecte trois principes, dans l'ordre : 1) garantie des libertés de base égales pour tous ; 2) égalité des chances ; 3) maintien des seules inégalités qui profitent aux plus défavorisés. La Constitution centrafricaine semble donner un contenu à la justice sociale lorsqu'elle postule que « l'Etat assure la protection renforcée des droits des minorités, des peuples autochtones et des personnes handicapées »¹⁴⁰.

La *solidarité nationale* n'est pas en reste dans l'Acte constituant centrafricain. La solidarité est, en termes simples, l'engagement ou le fait de s'obliger pour d'autres¹⁴¹. Il faut dire que la solidarité nationale est une exigence contenue dans le Préambule de la Constitution française de 1946. La solidarité nationale vient suppléer la carence ou l'insuffisance de la solidarité familiale. L'appel à la solidarité nationale est un trait caractéristique de notre époque parce que l'affaiblissement et le dépassement de la solidarité locale s'ajoutent aux difficultés du groupe familial pour assumer ses fonctions. L'Histoire tourmentée du pays a laissé

140 V. article 6(2) C. du 30 mars 2016.

141 PONTIER (J.M.), « La République », *Recueil Dalloz*, 17 septembre 1992, p. 246.

des traces dans la société centrafricaine. L'absence de solidarité nationale était palpable. Cette exigence érigée en principe moderne de la République centrafricaine atteste que cette dernière est véritablement une « *République sociale* » telle que postulée dans d'autres Etats. Ainsi, la solidarité nationale voudrait que l'Etat vienne en aide aux victimes de calamités et catastrophes, tout comme il doit réparer les dommages subis du fait de son action.

La *Bonne Gouvernance* fait partie des principes typiques de la République centrafricaine. *Prima facie*, La Gouvernance est ce terme qui renvoie plus précisément à l'ensemble des modalités auxquelles les personnes publiques et privées font recours pour gérer leurs affaires¹⁴². Célestin Keutcha Tchapnga précise que : « *la gouvernance, art de gouverner consiste à administrer la chose publique avec méthode et efficacité* »¹⁴³. Cette gouvernance, elle peut donc être « *bonne* » ou « *mauvaise* » selon qu'elle satisfait certains indicateurs. La bonne gouvernance est alors « *un saut qualitatif marqué par l'intrusion des valeurs et références éthiques dans la gestion des affaires publiques* »¹⁴⁴. Ces valeurs et références éthiques ont alors pour objectif de résorber ces problèmes que l'on qualifie souvent de problèmes de gouvernance ou mal gouvernance. Ceux-ci sont répertoriés parmi les fléaux tels que la corruption, le détournement, l'enrichissement illicite. C'est sans doute pour cette raison que « *la bonne gouvernance est devenue un substitut de "bon gouvernement"* »¹⁴⁵.

142 ZIBI (P.), *Le droit de la gouvernance au Cameroun*, Thèse en Droit Public, Université de Yaoundé II, juin 2015, p. 9

143 KEUTCHA TCHAPNGA (C.), « L'influence de la bonne gouvernance sur la relance de la décentralisation territoriale en Afrique au sud du Sahara », *Revue africaine de Droit Public (RADP)*, Vol.1, n° 1, Juin-Déc. 2012, p. 154

144 DONFACK SOKENG (L.), « Bonne gouvernance, État de droit et développement. Approche critique de la réforme de l'État en Afrique », *Revue trimestrielle de droit et des activités économiques*, n° 2, Avril-Juin 2007, Presses Universitaires Libres, pp. 241-296

145 MOCKLE (D.), *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 2

En inscrivant la bonne gouvernance comme principe de la République, le Constituant et les rédacteurs de la Constitution recherchent le moyen le plus adéquat pour améliorer la gestion politique, financière, et sociale des affaires publiques, en clair faire émerger « le bon gouvernement »¹⁴⁶. C'est dans ce sens que la République est aussi un construit axiologique.

B- L'inscription constitutionnelle des valeurs de la République

Une valeur est un terme de référence qui sert d'instrument de mesure, avec pour rôle de donner la mesure de la chose qu'on lui rapporte¹⁴⁷. De ce fait, certaines valeurs permettent de structurer la République. On parle alors de valeurs *universalistes* (1) car elles se retrouvent presque partout pour témoigner du *transconstitutionnalisme*, et des valeurs *particularistes* (2) qui sont le propre de certains Etats. Tout cela administre la preuve que la République vogue entre universalisme et particularisme¹⁴⁸.

1- L'inscription des valeurs *universalistes* de la République

Il s'agit des valeurs républicaines communes¹⁴⁹ à plusieurs pays, à l'instar de la France, des Etats-Unis d'Amérique, et des pays d'Afrique noire francophone. En clair, cela amène à évoquer

146 Pour une théorie du bon gouvernement, lire utilement, ROSANVALLON (P.), *Le bon gouvernement*, éditions du Seuil, Paris, 2015.

147 AMSELEK (P.), « Mettre le droit en valeurs », Rapport présenté au colloque 'La valeur, les valeurs...le droit', organisé le 28 novembre 2014 par le Centre d'études et de recherches sur les contentieux de la Faculté de Droit de Toulon, p. 4.

148 KOKOROKO (D.), « L'idée de Constitution en Afrique », *Afrique contemporaine*, 2012/2, n° 242, p. 117.

149 Lire dans ce sens, GAMJEK (P.), *La République aux Etats-Unis d'Amérique, en France et au Cameroun*, Thèse de droit public, université de Yaoundé II, 2015, pp. 203 et s.

l'idée de « standard constitutionnel »¹⁵⁰. Dans ce sens, l'on peut recenser la citoyenneté, la liberté, l'égalité et l'Etat de droit.

La *citoyenneté* est fortement liée à la République parce qu'elle est une manière de transfiguration de l'homme en un être juridique titulaire de droits et de devoirs¹⁵¹. L'invention de la citoyenneté comme statut désignant l'appartenance à une communauté autonome, a eu lieu en Grèce antique où elle constitue l'élément central de l'organisation démocratique et politique du groupe social¹⁵². Le constitutionnalisme centrafricain ne saurait rester à la marge des Etats républicains contemporains qui créent la jonction entre la République et la citoyenneté puisque, « pour qu'une République réussisse, il faut qu'elle soit peuplée de citoyens, si possible républicains, mais c'est un pléonasme : un républicain n'est jamais qu'un citoyen conscient (...) la République réclame des citoyens qu'elle crée, mais sans lesquels elle n'est rien »¹⁵³. Le Professeur Jean-Marie Pontier semble ne pas vraiment s'éloigner de ce point de vue puisque pour lui, il n'y a de République que parce que ceux qui vivent ensemble sous un même gouvernement, sont considérés par ce dernier et se considèrent comme des citoyens¹⁵⁴. En République, « [...], il n'y a plus un maître, roi ou empereur, et des sujets, mais des citoyens également soumis à la loi commune qu'ils se sont donnés à eux-mêmes dans l'intérêt de

150 DISANT (M.), LEWKOWICZ (G.), TÜRK (P.) (dir), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant, Belgique, 2018, 473 p.

151 KAMTO (M.), *Déchéance de la politique*, op. cit., p. 198.

152 EFTIMIE (A.), *La citoyenneté de l'Union. Contribution de l'étude d'une communauté politique plurielle*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montesquieu-Bordeaux IV, Décembre 2012, p. 48.

153 NICOLET (C.), *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982, pp. 395-396.

154 PONTIER (J.M.), « La République », *Recueil Dalloz*, Sirey, Chronique, n°31, 17 septembre 1992, p. 240.

tous »¹⁵⁵. En République centrafricaine¹⁵⁶, le constituant a laissé le soin au législateur de définir ce que c'est que la citoyenneté¹⁵⁷. C'est ainsi que le mot « *nationalité* » est utilisé pour désigner la citoyenneté¹⁵⁸. La Constitution centrafricaine reconnaît explicitement qu'« *il n'y a en République centrafricaine ni sujet, ni privilège...* »¹⁵⁹ pour reconnaître que c'est la citoyenneté qui prévaut.

Concernant la *liberté* et l'égalité, il faut dire qu'elles sont des éléments qui structurent tout système démocratique et forment républicain. Le doyen Cornu définit la liberté comme le bienfait suprême consistant pour un individu ou un peuple à vivre hors de tout esclavage, servitude, oppression, sujétion ou domination intérieure ou étrangère¹⁶⁰. Ainsi, « l'une des choses les plus nécessaires établies par ceux qui ont instauré avec sagesse une République a été de constituer une garde pour la liberté ; et suivant que cette liberté est bien placée, la vie libre dure plus ou moins longtemps »¹⁶¹. Concrètement, le Centrafrique consacre la

155 BARNI (J.), « Les principes et les mœurs de la République », *Publication de l'Union Républicaine de la Somme*, n°2, 1872, p. 6.

156 Au Centrafrique, tous les éléments structurant de la citoyenneté sont présents. C'est à Aristote que l'on doit la systématisation de ces derniers. Pour le *Stagirite* (Aristote), la citoyenneté est *libertaire*, participative, égalitaire, et *communautaire*. Lire, M. La TORRE, « Citoyenneté », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 359.

157 DOUI WAWAYE (A.J.), *La sécurité, la fondation de l'Etat centrafricain : contribution à la recherche de l'Etat de droit*, Thèse de doctorat en droit public, université de Bourgogne, mars 2012, p. 381.

158 cf. Loi n°61/212 du 27 mai 1961 portant code de nationalité centrafricaine complétée par la Loi n°66/64 du 30 août 1966.

159 V. article 6 alinéa 2 C. du 30 mars 2016.

160 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 7^e édition, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2005, p. 537.

161 MACHIAVEL (N.), *Discours sur la première décade de Tite-Live*, préface, traduction d' Alessandro Fontana, Gallimard, Paris, 2004, p. 72.

liberté en exigeant son plein exercice¹⁶², et proclamant qu'elle est inviolable¹⁶³.

L'égalité est une valeur caractéristique de la République. L'on peut ainsi souscrire à la pensée du doyen Kamto pour qui « l'égalité républicaine est, dans l'histoire tourmentée de la Révolution française, une conséquence de l'abolition des privilèges et de la promotion de l'individu à la qualité de citoyen. Il s'agit d'une égalité juridique, celle qui postule que tous les êtres humains sont égaux devant la loi, et que de ce fait, nul n'est au-dessus de l'Etat de droit. Cette égalité républicaine traduit une conception nouvelle de l'homme, de sa condition dans la société et de son rapport au pouvoir... »¹⁶⁴. Cette égalité républicaine est postulée par la Constitution¹⁶⁵ de l'ex *Oubangui-Chari*.

L'*Etat de droit* fait partie des valeurs de la République, dans le sens où elle est le versant juridique de la démocratie. Ce « standard normatif et institutionnel¹⁶⁶ » est considéré comme la base de la démocratie¹⁶⁷, parce qu'en réalité cette dernière est un des éléments constitutifs de l'Etat de droit¹⁶⁸. Au départ, considérée comme un idéal, « une idée de l'Etat »¹⁶⁹, l'expression fait aujourd'hui recette, il n'est point d'Etat qui ne s'en réclame¹⁷⁰.

162 *V.* préambule.

163 *V.* article 5 C.

164 KAMTO (M.), *Déchéance de la politique*, *op. cit.*, p. 198

165 *V.* article 6 alinéa 2 C. du 30 mars 2016

166 *Ibid.*, p. 8.

167 GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 301.

168 MILACIC (S.), « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs*, 2003, Montchrestien, p.376.

169 JOUANJAN (O.), « Etat de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 650.

170 DONFACK SOKENG (L.), « L'Etat de droit en Afrique », *Afrique juridique et politique, la revue du CERDIP*, vol.1, n°2, juillet-décembre 2002, p. 87.

Cela permet de soutenir l'idée d'un « *constitutionnalisme global* ». *in casu*, le Centrafrique consacre expressément son adhésion à l'Etat de droit en ces termes : « La République centrafricaine est un Etat de droit... »¹⁷¹. De ce point de vue, le Centrafrique adhère à la « civilisation de l'universel »¹⁷² et au « *patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques* »¹⁷³ par la garantie de la suprématie de la norme constitutionnelle et par la protection des droits fondamentaux. *a contrario*, le Centrafrique appartient aussi à la « civilisation du particulier ».

2- L'irruption des valeurs *particularistes* de la République

Des valeurs particularistes sont aussi promues et reconnues dans nombre de constitutions d'Etats africains francophones, à l'instar du Centrafrique. Cela accrédite la thèse d'une ingénierie constitutionnelle¹⁷⁴ fructueuse, et de la prise en compte des « données contextuelles »¹⁷⁵ dans les Actes constitutifs. Cet état de choses se manifeste par la promotion du multiculturalisme (a) et par la valorisation des structures traditionnelles (b).

171 V. article 24 alinéa 3 C. du 30 mars 2016.

172 MELEDJE DJEDJRO (F.), « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in AÏVO (F.J.) (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit.*, p. 591.

173 SINDJOUN (L.), *La formation du patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques. Eléments pour une théorie de la civilisation politique internationale*, CODESRIA, Dakar, 1998, 72 p.

174 ANDZOKA ATSIMOU (S.), *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique*, Thèse de droit public, UCAD, juin 2013, 712 p.

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

a- La promotion du multiculturalisme

Le multiculturalisme qui est de mise dans beaucoup d'Etats dans le monde aujourd'hui est souvent perçu comme une invention « anglo-saxonne marquée par une vision communaliste et différentialiste » étrangère à la tradition républicaine¹⁷⁶ et partant, aux théories de la République¹⁷⁷. Ce multiculturalisme suppose « la coexistence de plusieurs cultures dans un pays »¹⁷⁸ au point où on évoque souvent le concept de société « macédoine »¹⁷⁹. Le multiculturalisme sous-tend la « *politique de la différence* »¹⁸⁰ et tord le cou à cette vision homogénéisante de l'humanité -*au cœur de l'idée républicaine*- qui a le défaut de négliger les aspirations identitaires et culturelles des groupes sociaux. L'on constate ainsi dans nombre d'Etats africains le passage d'une société monoculturelle à une société multiculturelle caractérisée par l'éclatement du modèle stato-national est devenu quasiment tendanciel¹⁸¹. Le constituant africain, qui est resté très lié au constitutionnalisme démotique occidental, commence à s'inspirer des forces endogènes créatrices d'un Droit constitutionnel démotique propre à l'Afrique noire¹⁸².

176 DOYTCHÉVA (M.), *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2005, p. 6.

177 AUDIER (S.), *Les théories de la République*, Repères n°399, nouvelle édition, Paris, La Découverte, 2015, 128 p.

178 CONSTANT (F.), *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, p. 7.

179 *Ibid.*, p.7.

180 YOUNG (I.M.), *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, cité par S. AUDIER, *Les théories de la République*, *op. cit.*, p. 92.

181 MVAEBEME (E.S.), « Regard récent sur les tendances du constitutionnalisme africain. Le cas des Etats d'Afrique noire francophone », in KPODAR (A. F.) et KOKOROKO (D.) (dir.), *Varias autour du droit public, Mélanges en l'honneur du Professeur Ahadzi-Nonou*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2019, p. 691.

182 AHADZI-NONOU (K.), « Remarques sur la constitution démotique en Afrique Noire », in AÏVO (F.J.), DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), DESOUCHES (C.), MAÏLA (J.) (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, L'Harmattan Paris, 2020, p. 105.

L'Acte constituant centrafricain prend en compte le pluralisme *démotique*¹⁸³ en reconnaissant et en protégeant les droits catégoriels¹⁸⁴ en ces termes : « l'Etat assure la protection renforcée des droits des minorités, des peuples autochtones¹⁸⁵... ». Cette élévation des minorités et des peuples autochtones qui repose en partie sur « l'internationalisation des constitutions »¹⁸⁶ africaines doublée d'un « constitutionnalisme identitaire »¹⁸⁷, amène à penser que le Centrafrique est à la recherche d'un droit public authentique, adapté à ses réalités¹⁸⁸. La prise en compte des catégories sociales est un cinglant revers au mimétisme¹⁸⁹ souvent postulé et à l'exclusion, mais aussi un moyen réaliste de promotion de l'intégration et l'unité nationales¹⁹⁰.

La Constitution du 30 mars promeut également *les diversités* dans leur ensemble. Elles sont sociologique, culturelle, religieuse, ethnique. Cette norme procède à une « prise en compte réaliste de la réalité ethnique »¹⁹¹ par le fait que, le Peuple centrafricain

183 CUVELIER (C.), *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, Thèse de droit public, Université de Lille II, décembre 2014, 682p. ONDOUA (A.), « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 2012/2 n° 242, p. 92.

184 LOSCHAK (D.), « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La revue des droits de l'homme (en ligne)*, n°3, 2013, consulté le 22 octobre 2015, <http://revdh.revue.org/187>. Lire aussi, KPODAR (A.F.), « Les droits catégoriels : philosophie et spécificité », *Revue béninoise de sciences juridiques et administratives*, 2007, n°18, pp. 7-24.

185 V. article 6 C.

186 Lire CONSTANTINESCO (V.), PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel, op.cit.*, pp. 215-236.

187 MOUDOUDOU (P.), « L'Etat africain : entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Revue CAMES/SJP*, n°002/2015, p. 114.

188 OLINGA (A.D.), « La protection des minorités et des populations autochtones en droit public camerounais », *RADIC*, vol. 10, 1998, p. 271.

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

190 SY (D.), « De quelques dispositions constitutionnelles atypiques dans les Constitutions africaines », in F. J. Aïvo (coord.), *Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit.*, p. 278.

191 BORELLA (F.), « L'Etat en Afrique : crise des modèles et retour aux réalités », *Mélanges René Gendarme*, 1996, cité par CONSTANTINESCO (V.), PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 310.

est fier de son unité nationale, linguistique, et de sa diversité ethnique, culturelle et religieuse¹⁹². C'est justement dans cet ordre d'idée que « les forces de défenses sont... multiethniques »¹⁹³, tout comme les partis politiques doivent respecter les principes de représentation des régions prévus par la loi. Cette approche se situe en droite ligne des exigences de l'article 8-3 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, aux termes desquelles « les États parties respectent la diversité ethnique, culturelle et religieuse, qui contribue au renforcement de la démocratie et de la participation des citoyens ».

b- La valorisation des structures traditionnelles

L'Etat centrafricain est un véritable « bouillon de culture »¹⁹⁴, autrement dit, il répond au modèle de l'Etat-espace qui renvoie à « une organisation de la société fondée sur le pluralisme »¹⁹⁵. L'ex *Oubangui-Chari* fait une jonction entre le pouvoir de type européen et le pouvoir traditionnel découlant des ethnies-nations¹⁹⁶. Le premier revendique en principe la légitimité démocratique et républicaine ou légalor-rationnelle dont l'idéal est d'être conforme au principe de souveraineté nationale. Le second pouvoir, d'essence africaine est l'expression de la vivacité des ethnies nations reposant sur les coutumes et les traditions séculaires. C'est fort de ce second pouvoir que les dirigeants africains affichent leur volonté de tenter de réaliser une synthèse entre les représentants des forces dites modernes et des forces

192 Paragraphe 1 du préambule.

193 V. article 27 C.

194 BOPDA (A.), « Genèse, mutation et problèmes urbains de la chefferie "traditionnelle" à Yaoundé (Cameroun) », in JAGLIN (S.), DUBRESSON (A.) (eds.), *Pouvoirs et cités d'Afrique noire : décentralisation en question*, Paris, Karthala, 1993, p. 248.

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

196 *Ibid.*, p. 116.

traditionnelles¹⁹⁷. *in situ*, la République centrafricaine reconnaît et protège les valeurs traditionnelles conformes à la loi et les autorités traditionnelles¹⁹⁸, preuve que, le « patrimoine national »¹⁹⁹ est pris en compte.

In fine, il sied de relever que le texte constitutionnel centrafricain adhère à la forme et à la substance de la République. Mais, il ne suffit pas seulement d'avoir une belle Constitution avec des dispositions typiques et atypiques pour brandir l'étiquette ou le certificat de République. Il est plus qu'important d'avoir aussi une culture constitutionnelle²⁰⁰ digne de ce nom. Espérons seulement que la possible révision constitutionnelle du fait d'un éventuel report des élections présidentielle de décembre 2020 pour cause de Covid-19, n'emportera pas certains acquis républicains.

197 GONIDEC (P.F.), *Les systèmes politiques africains*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1997, p. 200.

198 *V.* article 24 C.

199 YAPI MAMBO (P.), « La protection juridique du patrimoine culturel en Afrique de l'Ouest : réalités et perspectives », *Revue ivoirienne de droit*, n°42, 2011, pp. 82-126.

200 Du BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme », in *Mélanges Slobodan Milacic, démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, 2007, pp. 333-348

« Le choix du cocontractant de l'Administration dans les Etats d'Afrique subsaharienne : l'exemple du Cameroun »

Par **Luc Patrick Balla Manga**
*Docteur/Ph.D en droit public à
l'université de Douala*

INTRODUCTION

« Le droit administratif, droit de privilège ? ». Ainsi s'interrogeait le professeur Jacques CHEVALLIER¹ dans un article paru en 1988, publié à la revue *Pouvoirs* et demeuré célèbre. L'auteur ne croyait pas si bien le dire, puisqu'à sa suite, d'autres encore, davantage radicaux (non sans raison), à l'instar de Jean BOULOIS², postulaient la suppression de ce droit ou à tout le moins, décriaient l'amenuisement des prérogatives de l'administration, qui parfois est moins libre que le particulier dans son action. Une observation fondamentale mérite d'être faite : le droit administratif a évolué³ et par suite de cela, son autonomie a été diluée. Il se dégage de ces considérations doctrinales que le droit administratif n'est plus seulement un droit spécial en raison de la poursuite de l'intérêt général au moyen de l'autoritarisme, puisqu'il fait aujourd'hui

1 CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », in *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 57-70. Une littérature juridique française notamment abonde sur la question de l'autoritarisme du droit administratif, qui n'est pas toujours profitable à l'administration dans toutes les situations juridiques. Ce d'autant plus que cette dernière trouve souvent son action encadrée pour la meilleure satisfaction de l'intérêt général. Aussi bien convient-il de lire avec profit sur la même approche : RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 279-296.

2 BOULOIS (Jean), « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 5-12.

3 CHEVALLIER (Jacques), « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n° 5/6, 1998, pp. 1794-1809.

une grande place à d'autres disciplines juridiques, notamment le droit privé et donc civil. Mais encore et surtout, le caractère spécial et donc autoritaire, voire inégalitaire porte en lui-même les germes de sa propre destruction si l'on n'oublie pas que dans tout État libéral, on doit toujours concilier les pouvoirs de l'administration et les droits des administrés. Il n'est pas besoin, d'ailleurs, d'évoquer la décision charnière en la matière⁴ pour saisir cela.

Comme l'a parfaitement montré Jacques CHEVALLIER à la suite de René CHAPUS, ce droit tend à être banalisé, en perdant une part de sa raison d'être⁵, puisqu'il est orienté de plus en plus vers un droit des libertés publiques⁶. De son point de vue en effet, « le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège pour l'administration mais comme un dispositif de protection des droits des administrés »⁷ permettant de réaliser un meilleur assujettissement de l'administration au droit, conclut-il.

Ainsi est-on conduit à constater que si le particulier est libre dans le choix de son partenaire ou de son cocontractant, l'administration en revanche, doit se plier à certaines exigences définies par la loi pour agir dans la légalité. On dira de même, que l'égalité bien connue avec laquelle sont traitées les parties à un contrat de droit civil est souvent sans commune mesure avec celle dont fait preuve le droit des contrats administratifs si l'on n'oublie pas

4 Il est bien connu de tous que l'arrêt de principe BLANCO, daté du 08 février 1873, s'entendait dire que le droit administratif, à contrecourant du droit civil, a son esprit qui se construit autour de la conciliation entre les prérogatives de l'administration et les droits individuels, même si pour y parvenir le juge de la légalité administrative doit rechercher les solutions partout y compris en droit privé, notamment civil.

5 CHEVALLIER (Jacques), « L'évolution du droit administratif », *op. cit.*, p. 1804.

6 GUESSELE ISSEME (Lionel Pierre), *L'apport de la Cour Suprême au droit administratif camerounais*, Thèse de Doctorat Ph.D. en droit public, Université de Yaoundé II, FSJP, septembre 2010, 703 p.

7 CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *op. cit.*, p. 58.

que ce droit est par principe inégalitaire vu le déséquilibre entre l'administration et les administrés, en raison de la satisfaction constante de l'intérêt public recherchée par celle-ci⁸. Les principes de l'autonomie de la volonté et du consensualisme qui semblent gouverner les contrats de droit privé conclus par des personnes privées ne trouvent guère matière à application en droit des contrats administratifs⁹. Si en effet, il est acquis que l'administration fait recours toujours aux actes d'autorité¹⁰, non sans être les seuls, pour l'exécution et son contrôle en matière de marchés publics, *a contrario*, dans la passation et l'attribution de ces derniers, elle n'est plus impérieuse, mais ligotée¹¹. Il va sans dire qu'elle apparaît ainsi, non plus privilégiée, si tant est qu'en une puissance publique sommeille désormais une servitude publique¹² ; mais davantage limitée.

Il se trouve aussi que si en droit des contrats privés, il n'existe pas des critères préalablement établis pour le choix du cocontractant, en droit des contrats publics en revanche, cette action est légalement et juridictionnellement encadrée. L'originalité de la sélection du partenaire au contrat administratif réside dans la soumission de l'administration à un corps de règles, qui a été édicté aussi bien pour la période normale que pour celle

8 Cette considération justifie que les biens de la personne publique globalement et singulièrement ceux du domaine public bénéficient d'une protection beaucoup plus rigoureuse que ceux des particuliers. V. HAURIOU (Maurice), *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 9^{ème} édition, Paris, Sirey, 1919, p.740.

9 NICINSKI (Sophie), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, pp. 45-61.

10 Sans plus revenir sur la distinction actes d'autorité et actes de gestion que nous croyons ne plus être utile à préciser, voir BIGOT (Grégoire), « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA.*, n° 3, mai-juin 2000, pp. 533 et s ; VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, PUF, Paris, 1973, collection « Thémis », p. 83.

11 Selon la formule devenue célèbre de RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif », *op. cit.*, p. 287.

12 *Ibidem*.

exceptionnelle et dont le juge administratif assure le contrôle. C'est ainsi qu'on peut soutenir de manière fort convaincante que le choix du cocontractant de l'administration dans la législation positive du Cameroun n'est pas toujours libre. Deux raisons tendant à expliquer cela sont savamment avancées par les professeurs DEBBASCH et COLLIN¹³. La première relative au principe concurrentiel, doit faire considérer tout entrepreneur ou fournisseur comme potentiel cocontractant, de façon telle que, la vindicte de l'administration n'en écarte aucun. La seconde, d'un ordre différent, a trait aux finances publiques, et consiste pour l'administration à ne pas dilapider les deniers publics, en raison des sommes considérables que les marchés publics engagent. Par conséquent, l'administration doit tenir compte de l'enveloppe et de la politique budgétaires telle qu'elles ressortent de l'autorisation budgétaire donnée par le parlement à travers la loi de finances, avant d'engager cette dépense par quelque moyen que ce soit. Il se dégage de l'analyse de ces bases de données que le choix du cocontractant tout comme le contrat administratif lui-même sont soumis à des règles spéciales et dérogoires au droit commun.

Instruments privilégiés de l'action administrative et moyens par excellence d'exécution de la dépense publique dans les pays en développement, les contrats administratifs¹⁴ désignent des accords que l'administration passe avec des tiers (personnes publiques ou privées) pour la satisfaction de l'intérêt général moyennant un prix. Le mode de désignation de son partenaire, mieux le

13 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, 7^{ème} édition, Paris, Economica, 2004, p. 483.

14 Aux termes de l'article 5(w) du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics, on entend par Marché Public : un « contrat écrit, passé conformément aux dispositions du présent Code, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'état, une collectivité territoriale décentralisée ou un établissement public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix ».

mode d'expression de sa préférence que constitue le choix est le préalable à la dépense publique qu'exprime le marché public. Cette opération n'est rendue possible que si la personne publique charge une autre ou une personne privée (physique ou morale), partie au contrat, de l'exécution des prestations prévues dans le marché¹⁵.

Dans un contexte marqué par la rareté des ressources publiques, mais encore et surtout de poursuite du développement économique et national couplée de la recherche de la performance¹⁶, les États africains globalement et le Cameroun singulièrement, ont opté pour une mise en mouvement d'un Code de bonne gouvernance et de transparence¹⁷ sur lequel devraient s'adosser les législations

15 Cette définition est analogue à celle que l'on retrouve dans le Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. En témoignent les éléments suivants : le cocontractant de l'administration ou titulaire du marché désigne « toute personne physique ou morale partie au contrat, chargée de l'exécution des prestations prévues dans le marché ».

16 Il est communément admis en droit public financier national, que l'on est passé depuis la réforme de 2007 et plus encore celle de 2018, d'une obligation de moyen par l'instauration du budget de moyen (sous l'empire de l'ordonnance de 1962, qui consiste à allouer des crédits budgétaires aux administrations sur la base des besoins établis au préalable) à une obligation de résultat à travers le budget programme dont l'objectif est la performance des administrations publiques au vu des objectifs à atteindre pour une croissance économique plus forte. On a pu avancer dans ce sens qu'avant la réforme de 2007, on observait une « reconduction quasi-automatique des dépenses d'une année à une autre sans nécessairement identifier les objectifs » ; alors que le nouveau cadre budgétaire au moyen de la gestion axée sur les résultats, montre bien que les administrations travaillent par objectifs dont la réalisation se traduit par des indicateurs précis. Pour une doctrine récente, consulter avec profit ABIABAG (Issa), *Le renouveau budgétaire au Cameroun*, Presses Universitaires Libres, 2013, pp 31-32. S'agissant de l'évolution du cadre budgétaire camerounais, confère respectivement l'ordonnance n°62/OF/2 du 07 février 1962 portant régime financier de l'État, la loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'État, et la loi n° 2018/12 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des entités publiques.

17 Loi n°2018/011 du 11 Juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun. Dans le même sens, on assiste à une généralisation des principes de bonne gouvernance dans presque toutes les sous-régions en Afrique comme le témoignent : Directive n°01/2009/CM/UEMOA portant code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, Directive n°06/11-UEAC-190-CM-22 du 19 Décembre 2011 relative au Code de la transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.

nationales. Celui-ci devra entre autres permettre une rationalisation de la dépense publique, le respect de la destination des crédits alloués, l'atteinte des objectifs indiqués et par voie de corollaire, faciliter le contrôle parlementaire et dans une large mesure ceux juridictionnel et administratif. Effectif et réel, le choix du cocontractant de l'administration est consacré au Cameroun, et participe d'ailleurs de la performance des administrations publiques. Mais, pour mieux cerner cette pratique, il est opportun de s'interroger sur le point de savoir : comment s'opère le choix du cocontractant de l'administration dans notre droit positif ?

L'étude sur le choix du cocontractant de l'administration en droit camerounais peut paraître singulière, mais permet pourtant de déterminer du moins en théorie, les principes devant guider le choix du partenaire de l'administration et au plan pratique, renseigne sur la juridiction compétente, tout autant que la manière dont les deniers publics sont gérés.

La conclusion des contrats administratifs est une préoccupation à l'ordre du jour dans les États d'Afrique noire francophone globalement et au Cameroun singulièrement, qui n'a pas d'autre souci que celui d'améliorer les conditions de vie de sa population dans des délais relativement courts au regard de ses objectifs d'émergence. À cet égard, le choix de son partenaire pour la réalisation des travaux d'envergure doit s'adosser sur les règles de transparence et de bonne gouvernance cristallisées autour de la performance. Malgré l'intérêt et la grande portée qu'elle revêt, la question du choix du cocontractant de l'administration n'a pas attiré l'attention de la doctrine juridique nationale¹⁸. C'est

¹⁸ Mentionnons au passage que la question n'a pas davantage intéressée la recherche universitaire, pas même une Thèse de doctorat ou un Mémoire de master ne lui ayant été consacré jusqu'ici dans nos Facultés de Droit.

d'ailleurs cette dernière considération qui aura justifié qu'on se penche sur cette question dont les contours restent indéterminés dans notre pratique juridique.

À la lecture attentive du Code camerounais des marchés publics et des autres instruments juridiques traitant de la passation et de l'attribution des marchés publics globalement, une double constatation est possible. D'abord, la sélection du cocontractant de l'administration est faite selon le procédé le plus usité et qualifié par ailleurs de concurrentiel ou d'appel d'offres. En dernier lieu, elle se fait également par des procédés dérogatoires à l'appel d'offres et sans commune mesure avec les règles de transparence et de bonne gouvernance, ou à tout le moins calquées sur le modèle des contrats de droit privé. On parle souvent à leur sujet de procédés non concurrentiels, spéciaux ou d'urgence.

Il en résulte qu'au moyen de la démarche positiviste retenue, la préférence de l'administration s'exprime de façon ambivalente tel un Janus, selon que la procédure est normale ou urgente. Dans ce sens, il convient de dire que l'administration peut d'une part, faire usage des procédés concurrentiels et de ceux non concurrentiels d'autre part, dans la mesure où elle se trouve souvent limitée (I) dans son action, même s'il existe aussi des tempéraments (II) à cet encadrement.

I- LA RESTRICTION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE PAR LE PROCÉDÉ CONCURRENTIEL

Certains contrats de l'administration comportent une limitation de la liberté de choix du cocontractant dans notre droit positif, notamment par une certaine place qui y est faite à la procédure d'appel d'offres. Principe déterminant et fondamental en droit de la commande publique nationale, la mise en concurrence constitue une procédure réglementaire conditionnant la validité de la passation du marché public en cause¹⁹, sauf dans les cas précis de gré à gré ou spéciaux. En tant que procédure de manifestation de la volonté administrative, il faut le rappeler, l'appel d'offres est totalement dépouillé de la liberté de choix du cocontractant contrairement au contrat privé où, cette liberté se présente comme la règle²⁰. Plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets et sans doute plus efficace dans ses résultats, l'appel d'offres assure un choix objectif des candidats ; il permet ainsi d'éviter la corruption et le favoritisme suscités par la méconnaissance de la concurrence. À en croire une doctrine établie et qui fait encore autorité aujourd'hui, « c'est la procédure de droit commun, par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats »²¹. Par procédé concurrentiel de passation et d'attribution des marchés publics, on entend l'appel à la compétition publique, qui désigne : « la procédure par laquelle l'attribution d'un marché intervient après un appel public à la concurrence »²². S'il est indéniable que

19 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, EDICEF, Série manuels et travaux de l'Université de Yaoundé, 1985, p. 140.

20 Dans ce sens, RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.*, p. 288.

21 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif, op. cit.*, p. 484.

22 Article 73 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

le droit privé partage les mêmes sources que le droit administratif, et que l'on assiste à l'irruption du premier dans la sphère du second à travers le juge ou l'administration elle-même, l'on ne peut plus logiquement soutenir de nos jours que ce droit est appliqué sans bénéfice d'inventaire en droit administratif. La sélection du partenaire de l'administration dans le cadre des marchés publics en apporte la démonstration.

Dans ce domaine en particulier, une nette démarcation s'est opérée à travers l'application des règles sans commune mesure avec celles qu'on retrouve dans la conclusion des contrats privés. La législation positive a entendu mettre sur pied elle-même les règles devant gouverner le choix du partenaire de l'administration dans un marché d'appel d'offres. Au regard des dispositions contenues dans le Code des marchés publics et ses textes subséquents, l'interprétation faite en rapport avec la limitation de la liberté de choix du cocontractant de l'administration, permet d'affirmer, que l'administration est tenue de se soumettre à certains principes. Les uns ont trait à la démocratie et à la gouvernance contractuelles (A), les autres sont relatifs à la concurrence (B).

A- La soumission aux normes de la démocratie contractuelle

A l'opposé des procédures de gré à gré et spéciales, le choix du cocontractant de l'administration par le procédé d'appel d'offres fait l'objet d'un encadrement pour le moins rigoureux. C'est ce qui ressort du Code camerounais des marchés publics lorsqu'on peut y lire que : « Les marchés publics sont passés par voie d'appel d'offres après mise *en concurrence des cocontractants potentiels de l'Administration* »²³. Cette prescription interdit donc par principe

23 Article 72 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

à l'initiateur de la commande publique de limiter la diffusion de l'avis d'appel à compétition²⁴. Procédé majoritairement utilisé pour le choix du partenaire de l'administration dans notre droit positif, le choix par la voie d'appel d'offres signifie alors en droit de la commande publique, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement, la publicité, ainsi que la concurrence des soumissionnaires dans le processus de désignation du partenaire contractuel de l'administration. Cependant, ce principe concurrentiel en raison de l'autoritarisme du droit administratif doit connaître certaines modulations, aux premiers rangs desquelles figurent la transparence et la bonne gouvernance, en même temps que la capacité et la qualité des candidats à contracter. Autant noter d'entrée de jeu que c'est la satisfaction permanente de l'intérêt général et la protection des intérêts financiers²⁵ de la personne publique, qui la conduit à adopter la mise en compétition des candidats comme règle fondamentale de désignation de son partenaire au contrat administratif.

Sous ce rapport, il sera question de mettre en lumière, la transparence et la bonne gouvernance (1) autant que la capacité et la qualité des candidats à contracter (2).

1- L'obligation de transparence et de bonne gouvernance

Commençons par noter que les normes de démocratie contractuelle constituent une exigence contemporaine dans la passation des marchés publics. Dès lors, la personne publique qui invite les personnes physiques ou morales à soumissionner est tenue

24 MBARGA NYATTE (Daniel), « Les bases du contrat administratif au Cameroun », in ONDOA (Magloire) et ABANE ENGOLO (Patrick Edgard (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*. Actes du colloque, université de Yaoundé II, 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 267.

25 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome 1, Paris, LGDJ, 1956, p. 263.

d'observer certains principes dans le cadre de l'appel d'offres principalement et de manière exceptionnelle dans les procédés dérogatoires. Ils reposent globalement à l'interprétation littérale de l'article 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics sur la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, l'efficacité et l'intégrité. Sur le premier point, il est à observer que les parties au contrat globalement et singulièrement le candidat au partenariat avec l'administration doit donner son consentement sans le moindre vice, ou à tout le moins sans qu'il n'y ait contrainte, dol ou erreur. C'est tout le sens de l'article 1109 du Code civil, qui est formel et en même temps ne prête à aucune équivoque, en prescrivant qu' : « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par dol ». Comme il en est des contrats de droit privé, la manifestation du consentement à être lié, conséquence directe de l'autonomie de la volonté du cocontractant de l'administration ne semble devoir souffrir d'une quelconque contestation. Ainsi que le note le professeur Jacques CHEVALLIER, « acte synallagmatique, le contrat repose sur le libre-échange des consentements et l'égalité des parties »²⁶. Par conséquent, cette liberté contractuelle implique en droit privé tout autant qu'en droit administratif, la négociation avec ses partenaires des termes de leur contribution²⁷ en même temps que l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles conformément à la règle du *pacta sunt servanda*, en cas de sélection. S'il en est ainsi, c'est parce qu'on reconnaît de manière générale que les droits civils et politiques (droits de la première génération ou droits libertés ou encore droits attribués) dont le droit de soumissionner

26 CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *op. cit.*, p. 64.

27 *Ibid.*

à une commande publique est une variante, sont l'expression de la liberté. Ils visent donc à assurer la liberté d'accès aux candidats à une commande publique et impliquent nécessairement par conséquent l'abstention de l'Administration, en ce qu'ils lui sont opposables. Le droit en vigueur reconnaît alors aux personnes (physiques ou morales), sans restriction d'aucune sorte, si ce n'est en raison des principes concurrentiels, et sans autorisation préalable, le droit de consentir librement et gratuitement à la soumission de tout contrat de l'administration dès lors qu'elles répondent aux qualifications et conditions requises par les textes et la jurisprudence. Parce que les libertés fondamentales occupent une place de choix au sein de la hiérarchie des libertés publiques, l'inobservation de la liberté d'accès à la commande publique débouchant sur un vice de consentement est susceptible d'entacher la régularité du contrat d'abord, ensuite celle du choix du cocontractant, et enfin, entraîner par ricochet son annulation contentieuse. En même temps, le contentieux auquel son application peut donner lieu ne paraît pas pouvoir être autre qu'administratif.

Néanmoins, toute candidature qui n'est pas faite par une personne ayant la capacité et la qualité, ou dont le consentement est vicié, ou encore faite par un candidat dont le lien de filiation ou matrimonial avec le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué est établi et contraire aux principes démocratiques et concurrentiels demeure interdite.

Sur le second point, il faut dire que ce principe connaît une consécration constitutionnelle²⁸ et signifie que toute personne physique ou morale de nationalité camerounaise ou étrangère

²⁸ Aux termes du préambule de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, « tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs ».

est en droit de soumissionner à la commande publique sans aucune forme de distinction, étant donné que le principe de libre concurrence instauré par l'appel d'offres est institué pour cette fin. Ce qui revient à dire, en matière de contrat administratif, d'une part, que le principe est synonyme d'absence de préférence juridique d'un candidat à un appel d'offres par rapport à un autre, et d'autre part et corrélativement, l'absence de préférence juridique d'un candidat national par rapport à un autre étranger. En outre, le candidat dont l'offre n'est pas retenue en l'absence de toute motivation dispose d'un droit de saisine du juge, à l'effet de lui permettre de se faire un compte exact sur ce qui lui est reproché par l'administration d'une part, et, d'autre part, de présenter ses moyens en défense ; le cas échéant. Ce faisant, les personnes physiques et morales doivent être traitées de la même manière dès lors qu'elles sont placées dans la même situation juridique. Ce principe résulte directement du principe de l'égalité des citoyens devant la loi et débouche sur la libre concurrence entre les candidats à un marché public ou plus généralement à un contrat de la commande publique. L'affirmation du principe ne signifie pas, bien entendu, qu'aucun aménagement ne puisse lui être porté. Il est donc possible de voir dans ce principe des discriminations ou des distinctions, sous la seule condition que ces dernières soient juridiquement justifiées et conformes au principe d'égalité. Constitue une manifestation patente, en cas de concurrence entre entrepreneur ou fournisseur national et international, le critère de préférence des offres nationales dont l'application est indubitable sous réserve de leur prévision par le dossier d'appel d'offres²⁹. On peut le noter à travers les éléments qui suivent : « Lors de la passation d'un marché dans le cadre d'une consultation internationale, une marge de préférence est

29 Article 106 alinéa 6 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

accordée, à offres équivalentes et dans l'ordre de priorité, aux soumissions présentées par :

- a) *une personne physique de nationalité camerounaise ou une personne morale de droit camerounais;*
- b) *une entreprise dont le capital est intégralement ou majoritairement détenu par des personnes de nationalité camerounaise;*
- c) *une personne physique ou une personne morale justifiant d'une activité économique sur le territoire du Cameroun*
- d) *un groupement d'entreprises associant des entreprises camerounaises* »³⁰. Les alinéas suivants précisent les conditions dans lesquelles, l'on peut conclure à l'équivalence des offres des candidats, notamment lorsqu'elles ont rempli les conditions techniques requises ; pour les marchés de travaux et des services quantifiables, la marge de préférence nationale est de dix pour cent (10 %) pour les entreprises visées à l'alinéa 1 ci-dessus ; pour le marché de fournitures la fourniture subit une transformation au niveau local ou régional d'au moins quinze pour cent (15 %). En revanche, pour une application pour le moins rigoureuse de ce principe, il n'est pas prévu de préférence nationale pour les prestations intellectuelles qui relèvent des marchés de service non quantifiable³¹.

Exigence démocratique et aspect important dans la modernisation de la passation des marchés publics, il est question pour le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué dans le cadre de la transparence des procédures, de faire connaître à l'avance

30 Article 106 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

31 Article 106 alinéa 5 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

les biens et services, ou les fournitures dont il a besoin par voie de publicité, à l'effet de créer un climat de confiance³², de convivialité et de placidité. À cet égard, certaines informations suffisantes, pertinentes, claires, sincères, fidèles et publiées par la voie autorisée³³ doivent figurer dans le document d'appel d'offres élaboré selon le modèle type conçu par l'organisme chargé de la régulation des marchés publics et mis en vigueur par l'Autorité chargée des Marchés Publics à l'organisme public bénéficiaire. Tout candidat s'estimant lésé dans ses droits du fait de l'inobservation de ce principe par l'administration contractante, peut saisir par le biais du Comité chargé de l'examen des recours résultant des marchés publics, le ministre des marchés publics aux fins d'annulation. L'autorité publique à qui incombe l'initiative doit renseigner de la façon la plus claire possible les candidats à travers l'avis d'appel d'offres pour davantage satisfaire à l'exigence de transparence. Ainsi en est-il notamment de : l'avis d'appel d'offres rédigé en français et en anglais ; le règlement général de l'appel d'offres ; le règlement particulier de l'appel d'offres comprenant notamment les critères, sous-critères ou grilles d'évaluation des offres et les critères minima de qualification des soumissionnaires; le cahier des clauses administratives particulières; le cahier des clauses techniques particulières pour les marchés des travaux ; les termes de référence pour les marchés de prestations intellectuelles. Viennent s'ajouter, le cahier des

32 BEGNI (Bagagna), « Le principe de transparence dans les finances publiques des États membres de la Cemac », *Revue africaine de finances publiques*, n° 2, 2017, p. 187. Pour lui en effet, l'objectif premier de la transparence est d'établir une relation de confiance ; elle s'oppose en cela à l'opacité.

33 Si l'on reconnaît en droit que la publication de l'avis d'appel d'offres se fait en règle générale au journal des marchés, ou le cas échéant, dans d'autres publications nationales ou internationales à fort tirage ; la pratique permet de se rendre compte que le quotidien *Cameroon tribune* et les réseaux sociaux sont devenus les lieux par excellence de publication d'avis d'appel d'offres au Cameroun. Encore qu'aucune précision fort utile sur le journal des marchés pas plus que le journal officiel n'est donnée par la réglementation en vigueur.

spécifications techniques pour les marchés de fourniture ; le cadre du bordereau des prix unitaires, le cas échéant ; le cadre du détail estimatif comprenant les quantités à exécuter ou le cadre de devis lorsque, pour certains marchés d'études, les quantités doivent être fournies par le soumissionnaire en fonction de la méthodologie de travail envisagée. Davantage, la clarté doit porter sur le cadre du sous-détail des prix ou de décomposition des prix, le cas échéant ; les formulaires types relatifs notamment à la soumission, aux cautions, et le cas échéant, aux fournitures et leur provenance ; les documents techniques ou tout autre document jugé nécessaire par le Maître d'Ouvrage³⁴. Pour tout dire, on doit admettre que la transparence est fondamentale dans la procédure de passation des marchés publics, en ceci que c'est elle qui conditionne la sélection des candidats, de la phase de présélection, à la phase d'attribution, en passant par les étapes de dialogue et d'adjudication³⁵. Cependant, bien que ce principe soit consacré et formalisé par la législation, la notion de transparence en elle-même continue de poser quelques difficultés dans la pratique du fait de son caractère immatériel.

Pour ce qui est de l'efficacité et de l'intégrité, il faut dire que l'organisme bénéficiaire doit s'assurer de la capacité du candidat à produire un effet positif à travers son offre d'une part, et de l'autre, la possibilité pour le soumissionnaire autant que l'organisme bénéficiaire de ne pas se laisser corrompre. Bien que cette dernière exigence d'intégrité soit déterminante et vectrice de bonne gouvernance par la performance qui s'en dégage, elle est pour le moins difficile à mettre en œuvre dans la pratique, tant il demeure vrai que la corruption gangrène encore

³⁴ Article 85 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

³⁵ Article 9 de la loi n° 2006/ 012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.

l'ensemble des pays d'Afrique noire d'expression francophone globalement, et singulièrement le Cameroun. Particulièrement dans notre contexte, il paraît difficile de tracer la frontière entre le corrupteur et le corrompu, si l'on pense spécifiquement à la passation exceptionnelle de l'appel d'offres par le procédé de gré à gré. Ce d'autant plus que la réglementation elle-même est la première à entourer l'organisme public bénéficiaire d'une certaine liberté, pour ne pas dire d'une liberté certaine dans le choix de son prestataire. Ce qui au regard des divers intérêts et des intentions malveillantes des prestataires de marchés publics pourrait avoir des répercussions, si le candidat est sélectionné sur la base de la corruption, sur la pérennité des ouvrages réalisés. Il faut davantage souligner le fait que l'usage abusif des autres procédés non concurrentiels est révélateur des marchés publics fictifs entraînant le surendettement de l'État d'une part, et d'autre part, l'usage du procédé concurrentiel est lui aussi ponctué par des influences sociopolitiques, culturelles et économiques, qui à tort ou à raison, peuvent peu ou prou influencer la manipulation du dossier d'appel d'offres et par conséquent favoriser la fraude.

Plus encore que d'autres branches du droit, le droit des contrats administratifs entend entourer l'administration de certaines garanties légales en lui donnant la possibilité de choisir son partenaire eu égard à ses capacités et qualité.

2- L'exigence de la capacité à contracter

Tout comme le contrat privé³⁶, celui public pour être valide requiert la capacité du cocontractant de l'administration. En raison du principe qui veut que toute personne puisse contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi³⁷, le critère d'appel d'offres donne ouverture à un droit à la possibilité pour plusieurs personnes physiques et morales de candidater à un contrat public. Condition *sine qua non* et élément indispensable à réunir pour tout candidat à un contrat public, la capacité de contracter s'applique tant dans les cas de gré à gré que dans l'appel à la compétition publique. Cela étant précisé, la capacité à contracter en droit public interne, contrairement au droit international public³⁸ où elle est automatique pour tout État, présente bien des curiosités tant du point de vue des personnes morales qu'à l'égard des personnes physiques.

S'agissant de la première catégorie, on doit noter qu'on désigne ainsi toute collectivité humaine titulaire de droit et apte à assumer des obligations. Pour Marcel WALINE que citent les professeurs Charles DEBBASCH et Frédéric COLLIN, il s'agit d'un « centre d'intérêt juridiquement protégé »³⁹. À ce titre, on distingue les personnes morales de droit public des personnes morales de

36 Sans se prononcer sur les critères mesurant l'effectivité de la capacité à contracter, le Code camerounais des marchés publics se borne exclusivement à son admission comme conditionnant la validité du choix du cocontractant. C'est à travers l'article 1108 du Code civil, que le droit positif a pu nous édifier sur ce qu'il convenait d'entendre par capacité à contracter. Ce texte dispose intégralement que quatre conditions sont essentielles pour qu'un contrat soit valide, notamment : « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

37 Article 1123 du Code civil.

38 Il est bien connu de tous que l'article 6 de la Convention de Vienne sur les Traités reconnaît la capacité à tout État de conclure les traités.

39 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif, op. cit.*, p.30.

droit privé. On doit entendre par les premières, toute collectivité humaine à but non lucratif créé par l'autorité publique (notamment la législation entendue au sens large comme tout acte à caractère général et abstrait émanant soit de l'exécutif, soit du législatif) en vue de satisfaire l'intérêt général. On pense notamment à l'État, aux établissements publics et aux collectivités territoriales décentralisées. Tout autre est la seconde qui se présente comme une collectivité humaine à but lucratif (très souvent) ou non (très rarement) créée par initiative privée dans le but d'accomplir les actes de ladite collectivité. L'on évoque à ce sujet, les syndicats, les partis politiques, les associations, les entreprises privées et publiques, etc. Dans un cas comme dans l'autre, on assiste à l'imputation des actes passés par les agents publics ou privés à la personne morale qu'ils représentent, ou pour le compte de laquelle ils agissent. La preuve de la capacité des personnes morales de droit public ne pose pas souvent grande difficulté dans la pratique en raison de la mission d'intérêt général qui leur est confiée, et l'absence de réalisation des bénéfices, qui en toute hypothèse est compatible avec la dépense publique que constitue le marché public. Toute chose qui les exonère de tout régime d'imposition⁴⁰. Pourtant, le bât blesse lorsqu'il s'agit des personnes morales de droit privé, lesquelles demeurent les partenaires privilégiés des personnes publiques dans le cadre de l'accès à la commande publique. Quelques éléments permettent en effet d'indiquer qu'une personne morale de droit privé désirent candidater à un contrat public a la capacité de contracter. Pour ce qui est des entreprises privées (puisqu'elles sont les plus concernées), l'immatriculation est la condition *sine qua non* de validité ou non

40 Il suffira juste qu'elles jouissent de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, qu'elles soient gérées selon les règles de la comptabilité publique et enfin, qu'elles ne soient pas sous tutelle du maître d'ouvrage ou du maître d'ouvrage délégué concerné, sauf autorisation expresse du MINMAP, établissements publics et CTD.

de leur capacité à contracter. Tout commence par une déclaration de l'activité exercée auprès de l'autorité administrative compétente, à l'effet d'obtenir une autorisation légale. Celle-ci selon les cas peut recevoir un avis favorable ou non de la part de l'autorité administrative. Dans la seconde hypothèse, le refus doit être motivé, faute de quoi l'auteur de l'acte agirait dans l'illégalité. Plus qu'une simple déclaration et une sollicitation de l'autorité compétente, il s'agit d'aménager certains droit et liberté. Lorsque l'autorisation est accordée, elle permet la reconnaissance et l'existence au plan juridique de l'entreprise et la possibilité pour celle-ci d'agir dans la vie juridique, notamment ester en justice et pouvoir naturellement contracter. Cette opération se termine ainsi par une inscription au registre de commerce et des crédits mobiliers dans le but d'être rangé dans un régime juridique imposable⁴¹. Ce n'est que par l'assujettissement à cet ensemble de condition qu'on peut conclure à la capacité à contracter des personnes morales privées⁴².

Pour ce qui concerne la seconde catégorie à savoir les personnes physiques, il convient de relever conformément à l'article 1124 du Code civil, que ne peuvent soumissionner à un marché public que les personnes qui ne sont pas mineures⁴³, qui ne font pas l'objet d'interdiction légale, et de manière générale, toutes celles à qui la loi n'interdit pas certains contrats.

41 Selon les cas, l'entreprise soumissionnaire sera assujettie à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt libératoire.

42 Sont donc ainsi exclus des soumissionnaires privés les candidats en état de faillite ou de liquidation judiciaire ; frappés par l'une des interdictions ou déchéances prévues par les lois et règlements en vigueur, aussi bien au plan national qu'international ; autant que ceux qui ne souscrivent pas aux déclarations prévues par la réglementation en vigueur.

43 L'on désigne ainsi dans notre droit positif, toute personne physique n'ayant pas atteint l'âge légal de vingt et un (21ans), et dont l'autorisation parentale est requise pour tous les actes civils, et dans une moindre part aussi les actes judiciaires.

À ces exigences de capacité vient s'ajouter celle de qualité professionnelle de l'entreprise ou de la personne physique candidate à un contrat public. On doit relever ici, qu'il y a lieu de s'assurer que le candidat a déjà eu à réaliser des travaux ou à se spécialiser dans le domaine concerné. C'est une exigence sans laquelle la capacité à contracter seule ne saurait suffire et satisfaire.

Au total, il convient de dire qu'en dehors du respect des principes de la démocratie contractuelle, l'administration est également tenue de respecter ceux concurrentiels notamment le caractère des offres et leur territorialité.

B- L'application des règles concurrentielles

La concurrence désigne sous la signature du professeur Hubert-Gérald HUBRECHT, « *la confrontation d'une pluralité d'offres et de demandes qui en s'ajustant permettent aux prix de s'établir à leur niveau le plus bas au regard de la qualité des produits et de leur coût de production* »⁴⁴. À cet égard, il est possible de se rendre compte que le droit de la concurrence et le droit de la commande publique entretiennent une confusion⁴⁵. Prédominante pour l'appel d'offres, la concurrence n'est pas non plus totalement négligeable pour les autres procédés dérogatoires de sélection du partenaire de l'administration. Dans le respect des principes de mise en compétition et sur le fondement de l'énormité de la dépense publique qu'est susceptible d'engager le marché public, l'autorité publique est libre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Cependant, elle reste conditionnée ou tout au

44 HUBRECHT (Hubert-Gérald), *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, p. 152.

45 NICINSKI (Sophie), « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur* du professeur Laurent RICHER, Paris, LGDJ, 2013, p. 422.

moins, cela est rendu facile par le principe de la territorialité de l'appel à concurrence et le caractère de ce dernier (1), en même temps que la prise en compte des critères technique et financier (2).

1- La prise en compte de la typologie de l'appel à compétition

Dans le but de bénéficier des meilleurs fournisseurs ou entrepreneurs, la personne publique peut étendre sa demande au-delà des frontières nationales. Si la précaution et la prévision commandent que le partenaire soit pour l'essentiel un national, il peut se produire eu égard à l'extrême technicité de la prestation, que la demande soit portée aussi bien à l'égard des nationaux que des étrangers. C'est pour cette dernière solution que le Code des marchés publics semble avoir opté. D'application directe en droit interne sous réserve de la réciprocité et de la ratification par les autres pays, les textes communautaires, notamment l'article 11 du Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre États membres dispose que : « les États membres s'engagent (...) à soumettre à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence la passation des marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé ». L'article 17 du même règlement précise qu' : « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés (...) le conseil régional de la concurrence peut être saisi avant la conclusion du contrat ». L'article 18 alinéa 3 du même texte ajoute que « lorsque le maître d'ouvrage passe outre les injonctions du Conseil régional de la concurrence ou lorsque celui-ci est saisi après la conclusion du marché public, le litige doit être renvoyé devant la Cour arbitrale ».

Il ressort de la lecture combinée des textes⁴⁶ et de la jurisprudence qu'il existe deux types d'appel d'offres : national et international ayant en partage sinon les mêmes caractères, du moins les mêmes formes.

Ainsi, l'appel à compétition est dit national, lorsqu'il s'adresse aux personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège social au Cameroun⁴⁷. Tandis qu'il doit être considéré comme international, lorsqu'il s'adresse aux personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège social à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national⁴⁸. À vrai dire, il faut voir dans cette exigence de territorialité, plus une protection de la fortune publique, qu'une règle de concurrence. En effet, depuis les années 2000, un vaste mouvement de lutte contre la corruption et les prévaricateurs de la fortune publique a été engagé dans notre pays à travers ce que le Président de la République Paul Biya a baptisé « l'opération épervier ». C'est à la faveur de cette initiative présidentielle, que verront le jour bon nombre d'institutions administratives⁴⁹ et judiciaires⁵⁰ pour la cause. En un mot comme en mille, ces institutions ont pour objet de protéger la chose publique et d'engager le cas échéant, la responsabilité de ceux en charge de la fortune publique⁵¹. Par ailleurs et toujours dans le même

46 Article 74 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

47 Article 74 alinéa 1 (a) du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

48 Article 74 alinéa 1 (b) du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

49 L'on note principalement ici un organe interne au ministère chargé du contrôle supérieur de l'État, à savoir le conseil de discipline budgétaire et financière, se substituant au défunt conseil de discipline budgétaire et comptable.

50 Les plus saillantes demeurent le tribunal criminel spécial, et le tribunal de grande instance pour ce qui est des juridictions répressives, d'une part, de l'autre, la juridiction des comptes (les tribunaux régionaux des comptes et la chambre des comptes de la cour suprême).

51 Dans ce sens, et pour une analyse complète sur la question, voir KAMTO (Maurice), « La chose publique », *RASJ*, Vol. 2, n° 1, 2001, pp. 9-18.

sens, il est question à travers la territorialité, voire la nationalité du candidat soumissionnaire de mettre en jeu la responsabilité aussi bien de la personne publique bénéficiaire, considérée ici comme l'ordonnateur, que le cocontractant lui-même, une fois le marché public conclu conformément au droit en vigueur au Cameroun. En effet, c'est incidemment sur ce critère qu'on pourra déceler une faute de gestion, un détournement des deniers publics ou une gestion de fait pour ce qui est de l'ordonnateur. Cependant, la pratique a montré que ce critère est vecteur de la corruption à plus d'un titre du fait de son imprécision. C'est le cas notamment lorsque certains marchés sont conclus et que la responsabilité des parties au contrat est établie alors qu'on oppose au juge camerounais une fin de non-recevoir au motif que l'une des parties serait un étranger et que le droit national ne trouve pas à s'appliquer. Qu'au surplus, elle ne devrait pas faire l'objet de poursuite et de condamnation (si par extraordinaires elles existent) par les juridictions nationales. À charge pour ceux qui s'en réclament de procéder par extradition. L'attitude adoptée par la France à propos de l'affaire Michel Thierry ATANGANA ABEGA en est le meilleur exemple confirmant cette hypothèse.

En tout état de cause, l'appel à la concurrence, qu'il soit national ou international, revêt dans notre droit positif, quatre caractères laissés à l'appréciation de l'organisme public bénéficiaire, et que nous croyons utiles de mettre en lumière ici et maintenant. Soulignons davantage, que si la personne publique se trouve toujours dans ces conditions, dans l'impossibilité de choisir librement son cocontractant, il faut toutefois reconnaître la liberté de choix de la forme d'appel d'offres. Tout d'abord, en vertu de la règle qui veut que les marchés publics soient passés conformément aux principes d'égalité et de concurrence des

candidats, l'appel d'offres est ouvert. Sans aucune autre forme de précision, la réglementation en vigueur indique qu'il recouvre toutes les hypothèses dans lesquelles, « l'avis public invite tous les candidats intéressés à remettre, dans un intervalle de temps donné, leurs offres »⁵². C'est alors que « Le dossier d'appel d'offres est, après publication de l'avis, mis à la disposition de chaque candidat qui en fait la demande »⁵³. Sans négociation préalable et avec possibilité pour tout candidat de remettre une offre, l'organisme public bénéficiaire après l'avis de la commission d'appel d'offres choisit l'offre économique la plus avantageuse⁵⁴.

À l'analyse, il est tentant d'avancer que ce qui importe pour le législateur, c'est le libre exercice de la concurrence. C'est pourquoi, il laisse jouer la discrétion de l'autorité administrative pour ce qui est des délais. Or, l'on sait tous que le libre exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration fait généralement place à l'arbitraire. Ce qu'on peut reprocher à cette formule positive, c'est son imprécision qui laisse planer un doute sur la restriction de la liberté de choix du cocontractant de l'administration, si l'on ne perd pas de vue le fait que cette dernière puisse éventuellement s'appuyer sur ce *no man's land*⁵⁵ juridique pour choisir librement, voir frauduleusement son partenaire. Le professeur Joseph OWONA⁵⁶ dans ce sens propose alors d'une part, que l'appel d'offres ouvert soit publié au moins (1) un mois avant la date limite fixée pour la réception des offres, et de l'autre, que cette date soit réduite à dix (10) jours lorsque l'urgence le justifie.

52 Article 75 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

53 Article 75 alinéa 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

54 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif, op. cit.*, p.484.

55 Selon l'expression chère au doyen Georges VEDEL, pour qui, la prétendue lacune dénoncée dans le silence d'un texte de rang supérieur sur un point déterminé, est tout simplement un renvoi à un texte de rang inférieur pour traiter la question en cause. Il le dit dans : « Souveraineté et supra constitutionnalité », in *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 96.

56 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun, op. cit.*, p. 142.

L'appel d'offres restreint est un appel à la compétition publique, qui « ne s'adresse qu'à un nombre limité de candidats choisis par l'administration pour des raisons économiques, techniques ou de spécialisation »⁵⁷. Obligatoire pour tous les marchés de prestation intellectuelle⁵⁸, il s'applique également aux travaux ou équipements spécifiques de grande importance ou complexes ; ainsi qu'à la fourniture de matériel devant être fabriqués sur commande et services spécialisés⁵⁹. Sous peine de nullité absolue pour méconnaissance des règles de la concurrence, la personne publique doit nécessairement procéder par pré-qualification⁶⁰ (même si dans certains cas elle peut en être exemptée)⁶¹ et consulter dans le minimum de ses possibilités trois (3) concurrents⁶². À défaut, obligation est faite au Maître d'Ouvrage ou au Maître d'Ouvrage Délégué de recourir à un appel d'offres ouvert⁶³. De même, « en cas d'allotissement, le nombre minimal de candidats pré-qualifiés par lot est fixé à trois (03). A défaut, le Maître

57 *Ibid.*

58 Article 78 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

59 Article 78 alinéa 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

60 Article 76 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. L'alinéa suivant ajoute que : « La pré-qualification s'effectue pour des prestations de même nature, à la suite d'un appel public à candidatures par insertion dans des publications habilitées, d'un avis relatif à un appel d'offres particulier ou à un ensemble d'appels d'offres au cours d'une période n'excédant pas six (06) mois ».

61 C'est le cas notamment aux termes de l'article 78 alinéa 3 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics : pour des prestations intellectuelles relevant des lettres- commandes ; lorsque la pré qualification a été infructueuse ou a débouché sur moins de trois (03) candidats par lot ; lorsque le chronogramme de passation des marchés élaboré conformément à la réglementation en vigueur montre que les délais de procédures ne permettent pas de respecter les dates prévisionnelles de démarrage ou d'achèvement des prestations ; lorsque l'appel d'offres s'adresse à des prestataires retenus dans le cadre de la catégorisation.

62 Article 76 alinéa 4 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. Toujours dans le même sens, voir OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun, op. cit.*, p. 142.

63 Article 76 alinéa 4 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué est tenu de recourir à un appel d'offres ouvert pour le(s) lot(s) concerné(s) »⁶⁴.

Il est à observer par ailleurs que le processus de préqualification conduit l'administration à retenir le minimum de candidat possible et par conséquent à publier une liste restreinte avant le lancement de la consultation. C'est ainsi que les lettres d'invitation à soumissionner sont adressées aux candidats préqualifiés et les dossiers d'appels d'offres approuvés sont mis à leur disposition dans les mêmes conditions que celles prévues pour les autres formes d'appel d'offres⁶⁵. Contrairement à l'appel d'offres ouvert, celui restreint fait l'objet d'un encadrement pour le moins rigoureux. En période normale, les délais de remise des candidatures, à compter de la date de publication de l'appel à manifestation d'intérêt, sont de quinze (15) jours ouvrables au moins et de vingt un (21) jours au plus, pour les appels d'offres nationaux ; vingt un (21) jours ouvrables au moins et trente (30) jours au plus, pour les appels d'offres internationaux⁶⁶. Ces délais peuvent toutefois être ramenés respectivement à dix (10) et quinze (15) jours ouvrables⁶⁷ en cas d'urgence dans les limites de la libre compétition publique.

À ces formes d'appel d'offres vient s'ajouter l'appel d'offres avec concours. En effet, l'administration peut assortir l'appel d'offre d'un concours lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique ou financier justifient des recherches particulières. En règle générale, l'appel d'offres avec concours porte : soit sur la conception d'un projet ; soit à la fois sur la conception d'un

64 Article 76 alinéa 5 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

65 Article 76 alinéa 8 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

66 Article 77 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

67 Article 77 alinéa 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

projet et la réalisation de l'étude y afférente ; soit à la fois sur la conception d'un projet et la réalisation de l'étude y afférente et le suivi et le contrôle de sa réalisation ; soit la conception et la réalisation du projet lorsqu'il s'agit d'un marché de conception-réalisation⁶⁸. Les candidats sont ainsi conduits à adresser une demande expresse à l'administration conformément à la procédure d'appel d'offres ouvert sur les prestations concernant exclusivement les projets architecturaux, les œuvres artistiques, les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et les prestations qui font l'objet de marché de conception-réalisation. Les soumissionnaires sont admis à remettre leurs offres au regard de l'agrément d'un jury dont les membres justifient de toutes les compétences artistiques et techniques nécessaires pour évaluer dans les meilleures conditions le projet soumis au concours. Pour ce qui est du programme d'appel d'offres avec concours portant sur la conception d'un projet, il détermine les primes, récompenses ou avantages à allouer pour les projets les mieux classés et jugés satisfaisants. C'est lui également qui indique les conditions dans lesquelles les concepteurs des œuvres artistiques seront, le cas échéant, appelés à coopérer à l'exécution de leur projet primé. Il prévoit en outre, soit que les projets primés deviennent en tout ou partie propriété du Maître d'Ouvrage ; soit que le Maître d'Ouvrage se réserve le droit de faire exécuter tout ou partie des projets primés, moyennant le versement d'une indemnité compensatrice fixée dans le règlement particulier de l'appel d'offres. De ce qui précède, il va de soi que les critères d'évaluation du concours doivent privilégier non pas les références du concepteur, mais tenir davantage compte non seulement du coût estimatif prévisionnel du projet, mais encore et surtout de la qualité de ce dernier.

68 Article 80 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

Le choix du cocontractant de l'administration conformément aux critères de performance, de contrainte d'exploitation et de coût économique en lieu et place de simples spécifications techniques détaillées ont conduit la législation positive à intégrer une autre forme d'appel d'offres. Considéré comme une nouveauté dans le jargon administratif camerounais⁶⁹, l'appel d'offres en deux étapes attire la curiosité et invite à la réflexion. Il faut d'emblée observer que l'administration peut y recourir contrairement aux autres formes d'appel d'offres, après l'autorisation du ministre chargé des marchés publics, et lorsqu'elle peut justifier ne pas être en mesure : de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ; d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles. Comme on peut le constater à la lecture du Code des marchés publics, il se fait en deux étapes. La première conditionnant la seconde, permet notamment à l'administration d'inviter les candidats à une compétition publique dans le respect des règles de concurrence et de performance, de négocier (en l'absence de toute indication du prix), de requérir toutes informations utiles relatives à la qualité du soumissionnaire, et de transmettre le procès-verbal à la commission compétente. La seconde, déterminante pour la sélection ou non du candidat, elle donne la possibilité au soumissionnaire qui ne souhaite pas faire une offre définitive de se retirer, mais dans la négative, il est tenu de fixer le prix définitif en considération de ses capacités techniques. Et dans ce dernier cas l'organisme bénéficiaire peut prévoir une rémunération forfaitaire

69 Il convient de souligner en effet que l'appel d'offres en deux étapes ne figure pas dans l'ancien Code camerounais des marchés publics et ne transparait timidement qu'avec la dernière réforme de 2018. L'on comprend dans ces conditions qu'elle n'ait pas reçue les faveurs de la doctrine nationale. Mises à part les brèves et furtives évocations dont elle fait l'objet dans le Code, le constat d'une absence de réflexions y afférentes est évident. Voir globalement la plupart des *Manuels de droit administratif* et même de *Droit des contrats administratifs*, et singulièrement le *Droit administratif Spécial de la République du Cameroun* du professeur Joseph OWONA.

pour les candidats ayant présenté les meilleures propositions selon les modalités définies dans le Dossier d'Appel d'Offres. En définitive sur ce qui précède, il est probablement exact de dire que la sélection du cocontractant de l'administration par le procédé concurrentiel ne laisse guère de liberté à l'administration, si ce n'est dans les bornes et conditions de la forme de concurrence. En plus, le respect exclusif de la concurrence par l'application des diverses formes de mise en compétition publique ne doit pas faire considérer l'action administrative comme légale. Encore faut-il intégrer dans cette pratique concurrentielle les aspects technique et financier.

2- La prise en compte des critères techniques et financiers

Au-delà du fait que le choix du cocontractant de l'administration n'est pas libre en raison de la satisfaction de l'intérêt général à laquelle la prestation doit pourvoir, deux raisons fondamentales paraissent justifier la prise en compte des critères technique et financier dans le choix du partenaire contractuel de la personne publique. Premièrement et pour des raisons financières, l'administration est toujours guidée par la protection des deniers publics. Parce que les fonds destinés à la réalisation de ces marchés proviennent essentiellement⁷⁰ des contributions obligatoires dans le but d'assurer les charges publiques, et qu'ils peuvent faire l'objet de vérification après usage, l'administration doit s'en servir rationnellement. Elle n'hésite donc par conséquent pas à souscrire à la logique selon laquelle, l'offre la moins disante pour les marchés

⁷⁰ En dehors des dépenses effectuées par les personnes publiques sur leur budget, elles recourent souvent à des prêts sous forme de partenariat. C'est notamment le cas de la plupart des pays en développement dont la sollicitude constante des bailleurs de fonds internationaux n'est plus à démontrer. La plupart des pays d'Afrique noire francophone ont d'ailleurs été des terrains d'expérimentation de telles pratiques issues du vent démocratique et libéral des années 1990, consécutif au choc pétrolier des années 80 et à la chute du mur de Berlin, qui ont drainé avec eux la crise économique et la mise sous ajustement structurel de ces pays.

de travaux et de fournitures, et l'offre la mieux-disante pour les marchés de prestations intellectuelles doivent être privilégiées. En cela, l'administration recherche la procédure la plus favorable à ses intérêts financiers, à l'effet de réaliser les travaux ou de passer la commande à un coût relativement bas. Davantage, la stricte application du principe de l'universalité budgétaire, qui voudrait d'une part, qu'on n'affecte, ni ne compense une recette et une dépense, et de l'autre, par extension, que les dépenses soient regroupées en investissement et en fonctionnement, il faut que l'administration évite la gabegie par le moyen du critère financier, dans la mesure où elle pourrait affecter le surplus à des dépenses injustifiées lorsque les ressources sont supérieures aux besoins. La prise en compte du critère financier facilite et encourage ainsi le respect de la solidarité de l'impôt, mais aussi et surtout l'unité nationale à travers la contribution obligatoire. Secondement et s'agissant du critère technique, l'administration à travers la prise en compte de ce procédé est soucieuse d'un côté du bien-être de ses administrés, et du développement durable au regard de la pérennité de l'ouvrage public, de l'autre. Les ouvrages généralement réalisés par la voie contractuelle sont des ouvrages publics et intègrent le vaste ensemble des biens publics⁷¹. Les usagers dès lors s'en servent directement ou indirectement via le truchement du service public affectataire. Il faut bien que les administrés utilisent les biens dans de bonnes conditions conformément à leur destination. L'administration ne peut s'y opposer lorsque la loi les autorise à profiter indistinctement de tels biens, elle se rend également comptable des accidents, qui peuvent survenir à l'occasion dudit usage, lorsqu'ils ne sont pas

⁷¹ Constitués des biens meubles ou immeubles des personnes publique, affectés ou non à l'utilité publique, et soumis en raison de leur finalité aux règles de droit public et aux règles de droit commun de la propriété, ainsi qu'à la compétence du juge administratif ou judiciaire selon le cas, les uns forment le domaine public et les autres constituent le domaine privé.

le fait de la victime ou qu'ils ne résultent pas d'un cas de force majeure. Pour toutes ces raisons, l'administration doit penser suffisamment son choix, au risque d'engager sa responsabilité aussi bien pénale, qu'administrative. Une boîte de pandore est cependant ouverte à l'administration pour une éventuelle liberté de choix de son partenaire contractuel lorsqu'il y a urgence, cas de force majeure ou encore dans l'hypothèse des marchés spéciaux. Cet état des choses se vérifie encore avec suffisamment de force dans la mesure où, les choses sont appelées à changer avec la mise en mouvement d'une procédure non concurrentiel, à l'effet de permettre à l'administration d'exprimer librement sa préférence pour un fournisseur ou entrepreneur. Ainsi que le fait observer De LAUBADERE, « pour un assez grand nombre de contrats l'administration choisit librement son cocontractant comme le ferait un particulier »⁷².

II- LA LIBERALISATION CONTRACTUELLE PAR LES PROCEDES NON CONCURRENTIELS

À la lecture de notre loi fondamentale, une observation mérite d'être faite : la constitutionnalisation de l'urgence et de l'exception⁷³. Par ailleurs, il convient de souligner que les autres branches du droit, notamment administratif, et dont il n'est plus contestable de nos jours que la Constitution nourrit les têtes de chapitre ne fournit guère une exception à cette vérité. En effet, l'attitude de la législation positive à propos des marchés de gré à gré et spéciaux justifie cette observation. Institutionnalisée⁷⁴, la légalité

72 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 258.

73 Voir notamment l'article 9 alinéas 1 et 2 de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972.

74 En référence à l'étude restée célèbre du professeur Joseph OWONA, sur « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *RCD.*, n° 6, juillet-décembre 1974, pp. 104-123.

d'exception trouve à s'appliquer dans la sélection du cocontractant de l'administration dans certains marchés publics en raison de l'urgence signalée, de la nécessité du secret, et des nécessités techniques ou des investissements⁷⁵. Dans ces conditions, il est probablement exact de penser qu'il existe une libéralisation du choix du partenaire contractuel de l'administration en application des procédés non concurrentiels. Ici en réalité, l'exception ou la dérogation tire son fondement de la réglementation positive elle-même, qui voudrait que la plupart du temps, la sélection d'un candidat au marché public s'opère au moyen de la mise en concurrence, mais aussi que dans certains cas limitativement listés, il le soit en l'absence de toute concurrence véritable.

S'il est bien situé au principe même du droit des contrats administratifs et au cœur du processus de sélection du cocontractant de l'administration, le procédé d'appel d'offres n'est pas, loin s'en faut, le seul mode de sélection de l'administration : celle-ci a toujours fait usage d'autres procédés, de nature plus libérale, fondés sur la liberté totale ou partielle de choix et non plus sur l'obligation d'observer les règles concurrentielles. Le droit positif camerounais met en place un régime libéral en faveur des marchés passés par des procédés non concurrentiels. En fait, il s'agit de reconnaître par cette ouverture que les personnes publiques ont la liberté totale ou partielle dans le choix de leur cocontractant lorsqu'elles mettent en mouvement les procédés non concurrentiels. Elles retrouvent alors une plus grande latitude dans le choix de leur entrepreneur. Cependant, cette liberté doit ou est à tout le moins précisée par la réglementation. Loin d'être irréprochable, cette procédure présente néanmoins le mérite de la

75 LAUBADERE (André de), VENEZIA (Jean Claude) et GAUDEMET (Yves), *Manuel de droit administratif, op.cit.*, p. 233 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif, op. cit.*, p. 358.

simplicité et de la célérité. Par souci de respect du droit positif, l'analyse d'une certaine liberté de choix dans le procédé de gré à gré (A) précèdera l'étude de la liberté certaine de choix dans les marchés publics dits spéciaux (B).

A- La liberté de choix partielle du cocontractant au moyen du gré à gré

Si l'on convient qu'en vue de protéger les intérêts financiers de l'administration, les collectivités publiques ne bénéficient pas toujours de la liberté de choisir leurs cocontractants⁷⁶, il sied également de souligner que certains modes de conclusion du contrat admettent néanmoins cette liberté. Tel semble notamment être le cas du contrat de gré à gré. On pense alors à l'instar de De LAUBADERE que « dans tous les marchés de gré à gré, quel que soit le caractère plus ou moins étroit de la réglementation de certains d'entre eux, l'administration reste finalement libre de choisir son cocontractant, ce choix ne lui étant jamais imposé par un mécanisme automatique (...) »⁷⁷. Cependant, il faut se garder de croire que l'administration est libre de se déterminer pour des raisons étrangères à l'intérêt général⁷⁸. Cela peut se comprendre aisément si l'on songe à ce que « du choix du cocontractant dépend en définitive la bonne exécution de l'opération, c'est-à-dire la gestion satisfaisante des deniers dans le respect de l'intérêt général »⁷⁹. Plus exactement, il est question pour la collectivité publique en application de ce procédé, de « concilier l'intérêt

76 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 257.

77 *Ibid.*, p. 308.

78 VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, op. cit., p. 247.

79 DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, 3^{ème} éd., Paris, Armand-Colin, 1991, p. 357.

financier (tendant à économiser les deniers publics) et l'intérêt collectif (c'est-à-dire la meilleure satisfaction des besoins) »⁸⁰.

En matière de gestion du domaine privé de l'État et des autres personnes morales de droit public, le gré à gré se définit par le choix discrétionnaire de l'acheteur de l'immeuble mis en vente par l'administration après mise en concurrence préalable de plusieurs demandeurs⁸¹. En droit administratif camerounais par contre, le marché de gré à gré est celui dans lequel le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué après autorisation préalable de l'autorité en charge des marchés publics, dispose d'une certaine liberté dans le choix de son cocontractant, en méconnaissance des principes concurrentiels de l'appel d'offres.

Pour les professeurs DEBBASCH et COLIN, le gré à gré ou encore marché négocié est « une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux »⁸². Toujours et dans le même sens le professeur Joseph OWONA, opine qu'il désigne un marché « par entente directe entre l'administration et son cocontractant »⁸³. Pour davantage mieux préciser sa pensée, l'éminent juriste ajoute alors et fait valoir que la procédure de gré à gré restreint la mise en compétition des candidats en même temps qu'elle octroie la pleine liberté à l'administration de contracter avec l'entrepreneur de son choix⁸⁴.

Prévue par l'article 108 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics et aux termes duquel : « Un

80 *Ibid.*

81 NYAMA (Jean-Marie), *Régime foncier et domanialité publique au Cameroun*, PUCAC, 2005, p. 81.

82 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, *op. cit.*, p.485.

83 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, *op. cit.*, p. 148.

84 *Ibid.*

marché est dit de gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres, après autorisation préalable de l'Autorité chargée des marchés publics et selon la procédure décrite aux articles 110 et 111 [dudit] Code », la procédure de gré à gré semble être le premier procédé dérogatoire à l'appel d'offres public. La lecture tatillonne de cette disposition appelle plusieurs observations dont certaines méritent d'être rapportées. En prélude, il convient de remarquer qu'une telle procédure exclut d'office les règles de mise en concurrence ou de consultation, pourtant vivement recommandées pour une éventuelle performance. En second lieu, cette procédure est l'objet d'un encadrement strict des délais justifiant ainsi la célérité de la procédure. En dernier lieu, la procédure de gré à gré ne peut être employée par l'administration que dans des cas limitativement énumérés.

Pendant longtemps et aujourd'hui encore, le marché de gré à gré contrairement au marché d'appel d'offres, qui est un contrat d'adhésion, se trouve être plutôt un marché de négociation⁸⁵. On peut d'autant le penser si l'on ne perd pas de vue le fait que les délais sont étriqués et la consultation ou mise en concurrence limitée, voire oblitérée. C'est à examiner d'une part, l'exclusion des règles concurrentielles (1) et de l'autre l'urgence de la procédure, ainsi que sa circonscription à certains cas (2) qu'il faut s'intéresser à présent.

1- L'exclusion des règles de l'appel d'offres

Comme pourrait le laisser penser la réglementation en vigueur, l'administration n'est pas tenue de mettre en compétition les entrepreneurs ou fournisseurs susceptibles de réaliser la prestation

85 LAUBADERE (André de), VENEZIA (Jean Claude) et GAUDEMET (Yves), *Manuel de droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, *L.G.D.J.*, 1982, p. 233. Voir également DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, *op. cit.*, p.485.

qui doit faire l'objet du marché de gré à gré⁸⁶. Il en résulte que les principes de la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité, la transparence ainsi que la concurrence des soumissionnaires dans le processus de désignation du partenaire contractuel de l'administration ne sont plus d'application stricte ou à tout le moins se voient appliquer seulement de leur point de vue dérogatoire. De même, la prise en compte des critères technique et financier, autant que les formes d'appel d'offres ne paraissent relever ici que d'une simple option administrative et non plus d'une sujétion. Seule reste saine et sauve la règle de la capacité à contracter, qui en toute hypothèse conditionne la validité de tout contrat. À l'évidence, l'administration revêt ses vêtements nobles de l'autoritarisme à travers le pouvoir largement discrétionnaire⁸⁷ qui lui échoit. Sur cette base, il n'est plus naturellement possible de tracer la ligne de séparation entre le contrat civil et celui administratif. On peut d'autant le penser parce que c'est la réglementation elle-même, qui « laisse la part belle ici à l'appréciation discrétionnaire de l'administration »⁸⁸. C'est à proprement parler d'une négociation et d'une conclusion libres comme le seraient les marchés entre particuliers⁸⁹. Tout ce qu'on peut retenir à ce stade, c'est, comme le note à juste titre le professeur Joseph OWONA, « le recours résiduel à la concurrence »⁹⁰, dans la mesure où, l'administration peut procéder en cas d'accord de l'autorité chargée des marchés publics, par suite de la demande motivée par elle adresser, à « la

86 Voir notamment les articles 108, 109, 110 et 111 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. Pour une opinion contraire, bien vouloir consulter avec profit, OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 148.

87 Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'exclut pas le contrôle juridictionnel exercé sur la compétence, les formes et même le détournement de pouvoir. Dans ce sens, LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 309.

88 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 149.

89 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 312.

90 *Ibid.*, p. 148.

consultation directe, sans obligation de publicité, d'au moins trois (03) sociétés »⁹¹, exception faite des cas dans lesquels le gré à gré est indispensable.

En conséquence, il est reconnu à l'administration publique au même titre que la personne privée, la pleine liberté de choix de son cocontractant dans les marchés de gré à gré. Découlant de la définition même que donne le Code des marchés publics, le principe de libre choix du cocontractant de l'administration dans les marchés de gré à gré suppose donc la négociation directe, l'absence de publicité et par voie de corollaire le caractère secret de la procédure, et enfin le caractère restreint de la procédure. Au total, il faut admettre sur la base des textes en vigueur, confortés par la doctrine dominante⁹² ou si l'on préfère en référence au discours-objet (prescription) et au métadiscours (proposition), que la procédure de gré à gré est un vecteur d'arbitraire, de favoritisme et de façon globale, de rupture de toutes les règles cardinales de l'appel public à la concurrence⁹³. Cette pratique joue défavorablement sur la passation des marchés publics où le clientélisme et le monnayage sont souvent la règle dans le cadre de la sélection du partenaire au contrat public. C'est certainement par souci de trouver un palliatif de ces manquements qui suscitent encore des questionnements aujourd'hui, que la réglementation en vigueur a limitativement énuméré les cas dans lesquels cette procédure trouve matière à application.

91 Article 110 alinéa 3 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

92 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 258. Pour lui en effet, « c'est dans le domaine des modes de passation des marchés publics que la théorie des modes de conclusion apparaît surtout originale ».

93 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 149. Toujours et dans le même sens VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, op. cit., p. 245.

2- L'urgence de la procédure et l'énumération réglementaire des cas de gré à gré

S'il est totalement admis par la doctrine confortée par les textes et la jurisprudence que l'administration bénéficie d'une marge de liberté considérable dans la sélection de son cocontractant par le procédé des marchés de gré à gré, il faut tout aussi admettre que cette liberté n'est pas totale pour au moins deux raisons. D'abord, la réglementation des marchés publics semble indiquer que le procédé concurrentiel est le procédé de droit commun ou de principe de sélection des soumissionnaires. En d'autres termes, ce n'est qu'en cas d'impossibilité de concurrence, d'échec d'appel d'offres, d'urgence et de force majeure, que la procédure non concurrentielle et donc de gré à gré peut être mise en mouvement, étant précisé qu'elle constitue l'exception à la règle⁹⁴. Par ailleurs et enfin, la réglementation a entendu elle-même spécifier les cas dans lesquels, cette procédure peut être appliquée en toute légalité. C'est ainsi que l'article 109 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics énumère limitativement quatre cas de sélection du cocontractant par le procédé de gré à gré dont il convient de rapporter la teneur :

- Pour les besoins ne pouvant être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'un procédé, d'un savoir-faire, d'une licence ou des droits exclusifs détenus être par un seul entrepreneur, un seul prestataire ou un seul fournisseur ;
- Pour le remplacement, en cas d'urgence, d'entrepreneurs ou de fournisseurs défaillants ;

94 Dans ce sens, lire VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 247.

- Pour les travaux, fournitures ou services et prestations intellectuelles qui, dans le cas d'urgence impérieuse motivée par un cas de force majeure, ne peuvent subir les délais d'une procédure d'appel d'offres ;
- Pour des fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire, à la condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres et que le marché complémentaire qui en découle ne porte que sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initial conclu mais qui sont rendus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties, et que ces fournitures, services ou travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal.

Toute énumération étant par principe limitative en droit, on peut logiquement penser que si l'administration est libre dans le choix de son cocontractant par le procédé de gré à gré, il reste qu'elle ne peut recourir à ce procédé que lorsqu'elle est confrontée aux cas de figure ci-dessus prescrits. Ce qui naturellement laisse penser que la désignation du partenaire est « plus ou moins orientée par des procédures de concurrence ou de sélection »⁹⁵. Davantage, l'urgence doit constituer la motivation première du recours à cette procédure. En conséquence, une telle procédure se rend coupable d'illégalité en période normale, ce faisant, le juge n'hésiterait pas à annuler une telle démarche, une fois saisi. Mais seulement, dans la pratique camerounaise, l'on peut se rendre compte, et quelques solutions le prouvent nettement, que c'est la procédure de sélection de gré à gré qui est la règle et la procédure d'appel d'offres,

95 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 309.

constitue l'exception. La justification globalement avancée tient à ce que l'administration se sentant plus libre dans ses choix par les marchés de gré à gré, consent à biaiser généralement même la procédure normale d'appel d'offres, pour qu'à terme et en raison de l'urgence de la prestation, elle puisse négocier dans les délais étriqués et choisir librement son fournisseur ou entrepreneur en violation du principe contractuel de la concurrence. Cette situation n'est pas sans conséquence sur les deniers publics, tant il demeure vrai qu'elle accentue la corruption et féconde les détournements de fonds. C'est le lieu où les prix des fournitures ou des prestations connaissent une flambée, mais le résultat de celles-ci demeure mitigé, étant observé qu'il faut faire vite compte tenu des délais qui tiennent très souvent l'administration. Elle procède ainsi directement à la sélection du candidat ou transmet le dossier de consultation, l'offre de l'attributaire comprenant son dossier administratif à la Commission Centrale de Contrôle des Marchés compétente, pour avis (laquelle dispose d'un délai de sept (07) jours ouvrables pour le faire) selon le cas, dès lors qu'il est établi que l'autorisation de l'autorité en charge des marchés publics a été accordée.

Au demeurant, en dehors de ces hypothèses courantes, le droit positif et la pratique permettent de constater un autre procédé dans lequel l'administration, cette fois est totalement libre de choisir son entrepreneur ou fournisseur.

B- La liberté de choix totale du partenaire de l'administration par les procédés spéciaux

Nulle part la réglementation camerounaise ne définit clairement la notion de marché spécial, même si elle ressort, expressément ou implicitement, de différentes dispositions. Elle se borne

simplement à définir négativement et limitativement les marchés spéciaux comme des marchés qui ne répondent pas, pour tout ou partie aux dispositions relatives aux marchés sur appels d'offres ou au marché de gré à gré en raison de leur spécificité liée pour l'essentiel à la sécurité. De ce fait, les marchés spéciaux dont celui de la défense constitue une catégorie, « sont sujets à des dispositions dérogatoires du droit commun des marchés publics »⁹⁶. Les marchés spéciaux peuvent ainsi concerner des domaines aussi variés que ceux de la prestation intellectuelle, les accords-cadres, les demandes de cotation, etc. En tous les cas, il importe que la sélection du candidat porte sur l'un de ces domaines et dans le secret pour qu'elle soit déclarée comme procédure spéciale. La reconnaissance du principe est donc assortie d'une condition indispensable : la nécessité de la sécurité, qui limite les abus éventuels. On a pu dire à cet effet de cette procédure de passation des marchés publics, qu'elle intéresse la défense nationale et la sécurité de l'État⁹⁷. Dans l'hypothèse de la sélection du cocontractant de l'administration par les procédés spéciaux, la liberté totale du choix résulte dans un premier temps de la prescription réglementaire, qui proscribit toute négociation et mise en concurrence des soumissionnaires. Dans un second temps, le Code des marchés publics ne prévoit aucune disposition relative aux principes concurrentiels et à ceux de la bonne gouvernance contractuelle. Cette imprécision se trouve renforcée par le report quasi automatique de la procédure de gré à gré au regard de leur caractère spécial. Comme le souligne le professeur Joseph OWONA, « en raison de leur nature, les marchés dits spéciaux dérogent aux règles d'appel public à la concurrence et

96 KIRAT (Thierry), « Réflexions sur les marchés publics de la défense », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, p. 145.

97 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 151.

même l'égalité des soumissionnaires des marchés publics »⁹⁸. La sélection du fournisseur ou entrepreneur de l'administration dans les marchés spéciaux permet donc de se rendre compte que la procédure est secrète, tant il demeure vrai que l'administration passe toujours outre les principes concurrentiels. Et encore, faut-il connaître ce que la réglementation en vigueur a voulu signifier par la notion de marché spécial dont plus personne ne sait en quoi elle consiste, si ce n'est juste qu'elle déroge totalement ou partiellement à l'appel d'offres et au gré à gré. Sans doute, cette procédure a pour effet de permettre à l'administration de bénéficier d'un régime de faveur et d'échapper à tout contrôle juridictionnel. Le choix du cocontractant de la puissance publique perd ainsi sa signification première et n'est plus incompatible avec les règles applicables au contrat privé. Envisagé dans son principe, la liberté totale de choix du candidat à un marché public ne peut être contesté à l'autorité publique. Il en est ainsi parce que l'administration jouit de la marge de manœuvre qui lui a fait longtemps défaut ; et l'inobservation de la concurrence en même temps que le secret de la procédure, qui s'en dégagent met celle-ci à l'abri de tout contrôle.

La liberté totale se rencontre dans les marchés spéciaux dont l'accord-cadre, la demande de cotation et la prestation intellectuelle apparaissent comme l'expression la plus achevée. Dans ce sens, il convient de scruter l'exclusion des règles concurrentielles (1), et le caractère secret de la procédure (2).

1- L'exclusion de la négociation et de la mise en compétition

Le contournement de la procédure concurrentielle a pris plus récemment des formes nouvelles, avec l'apparition de la libre

⁹⁸ *Ibid.*

sélection d'un candidat à un marché public, qui prennent le relais des procédés traditionnels de sélection du cocontractant de l'autorité publique. L'administration a un pouvoir absolu quand l'observation des règles concurrentielles lui paraît compromettre la sécurité de la prestation. Ce droit trouve son fondement dans la satisfaction de l'intérêt général que poursuit régulièrement l'administration. De ce point de vue, cette dernière choisit librement l'entrepreneur ou le fournisseur qui lui paraît mériter la préférence. La reconnaissance par le droit positif d'un droit pour l'administration d'effectuer sans négociation ni mise en concurrence la sélection de son cocontractant dans les marchés spéciaux revient à dire simplement et purement qu'il y a une reconduction tacite de la procédure de gré à gré. Or, il est incontestable de nos jours que « la négociation offre la souplesse et la réactivité nécessaires pour définir celle qui convient le mieux, à un instant précis, pour des acteurs donnés et une transaction déterminée »⁹⁹. Manifestement, bien que les marchés spéciaux ne soient par nature pas des marchés de gré à gré, encore moins des appels d'offres, loin s'en faut au regard de leur caractère, si la législation positive a cru devoir interdire ou à tout le moins déroger aux règles de l'appel d'offres, c'est qu'il y a pour cela des raisons¹⁰⁰. Au premier rang desquelles figure l'adhésion totale ou partielle à la procédure de gré à gré. À cet égard, l'administration jouit de la plénitude de liberté dans la négociation et l'attribution du marché. Pour ce qui concerne les accords-cadres qui donnent lieu à des marchés à commandes subséquents passés avec trois

99 COLSON (Aurélien), « Contrat et négociation », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, t. 1, 2006, p. 14.

100 L'une des explications tient sans doute au fait que la négociation doit avoir pour ultime but d'adapter les offres à la demande. Or le caractère secret et l'urgence de la prestation sont souvent tels qu'on ne peut étendre la demande à plusieurs soumissionnaires. Voir FORT (François-Xavier), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, t. 1, 2006, p. 38.

(03) prestataires au moins par lot, pré-qualifiés à la suite d'un appel à candidatures, les seules exigences requises se rapportent exclusivement à leurs références dans le domaine concerné. De même, s'agissant des consultants individuels, ils sont désignés sur la base de leurs qualifications. Ce faisant, l'évaluation de leurs capacités contenues dans les *curriculum vitae*, se fait sur la base de leurs diplômes, de leur expérience antérieure et, s'il y a lieu, de leur connaissance du contexte local. De tels critères, pour des raisons pratiques, ne sauraient satisfaire et perdurer, si l'on n'oublie pas que les informations figurant généralement sur le *curriculum vitae* se révèlent parfois inexactes relativement aux compétences, lorsqu'il faut les mettre en œuvre.

En plus de la liberté de choix du cocontractant, il convient de souligner que l'administration est également dispensée de la publicité telle qu'elle est indiquée pour la procédure d'appel d'offres. Par conséquent, son choix est généralement porté sur un candidat, et lors même que celui-ci est défaillant, il se fait remplacer par le prochain sur la liste, sous réserve de la pluralité de soumissionnaires. Seuls dans ce cas restent obligatoires le respect de la préqualification et l'échange de consentement au regard de l'urgence de la prestation et des exigences de sécurité.

Pour des raisons évidentes tenant à la sécurité et à la continuité de l'État, il est tout à fait normal que les marchés spéciaux connaissent une certaine célérité et promptitude, de façon telle qu'ils dérogent toujours aux autres procédés de passation des marchés publics globalement, et singulièrement à l'appel d'offres¹⁰¹. Tous ces paramètres concourent à affirmer que la procédure de sélection du

101 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 151 ; KIRAT (Thierry), « Réflexions sur les marchés publics de la défense », op. cit., p. 145.

cocontractant de l'administration au moyen des marchés spéciaux est secrète.

2- Le caractère secret de la procédure de désignation

En droit positif camerounais, la dispense de la publicité et de la concurrence doublée de l'exigence de sécurité pour la sélection des partenaires de l'administration aux contrats spéciaux, laisse clairement penser que la procédure est secrète. Ici, plus probablement que dans les autres procédés de sélection, la règle de l'*intuitu personae* est essentielle¹⁰², puisque le « cocontractant est choisi à la suite de l'appréciation de ses qualités personnelles »¹⁰³ à l'exclusion des autres qualifications propres à tout marché public. En effet, contrairement aux autres procédés concurrentiels et de gré à gré, la procédure des marchés spéciaux se révèle entièrement secrète pour des raisons de sécurité. Cette situation est due à deux principales raisons. En premier lieu, le principe est juridiquement établi que le caractère secret de la procédure résulte nécessairement de l'absence de publicité de l'avis d'appel d'offres. Fondamentale dans la théorie classique des contrats administratifs, la publicité prend une valeur plus accentuée dans les procédés concurrentiels de passation des marchés publics. Ici, plus probablement qu'ailleurs, il est essentiel que tous les candidats soumis à la compétition publique prennent la pleine mesure de la prestation voulue, au moyen de l'avis d'appel d'offres. Or, sur ce point, le Code des marchés publics n'a pas cru devoir soumettre les marchés spéciaux à cette exigence en permettant à l'administration de passer outre une telle procédure pour des raisons de sécurité. Toutes choses qui portent à croire

102 VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 245 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 358.

103 DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 358.

que l'un des principes de la commande publique à savoir la transparence¹⁰⁴ est totalement méconnu.

En second lieu, cette situation est confortée par la reconduction tacite de la procédure de passation des marchés de gré à gré¹⁰⁵ et le caractère urgent de la prestation¹⁰⁶, et s'y explique au moins sur le plan théorique, par le souci d'éviter l'insécurité des prestations tout autant que l'inertie dans la réalisation des marchés de travaux ou de fournitures, et qui ne manqueraient pas d'entraver le bon fonctionnement et la continuité de l'État. Des raisons analogues justifieraient également sans doute l'attitude des autres personnes morales de droit public singulièrement, et généralement, celle des législations des États d'Afrique noire d'expression française. On comprend ainsi qu'un auteur ait pu dire que « le créateur des normes juridiques *se doit d'adapter à tout moment Droit et circonstances de façon qu'à un état de faits déterminé corresponde une légalité déterminée* »¹⁰⁷.

À l'aune de ce qui précède, peut-on parler de désignation du partenaire de l'administration au contrat selon les règles de droit civil ou celle de droit public ? La réponse, on s'en doute doit être conciliante : pour une part, le choix du fournisseur ou entrepreneur de la personne publique tient compte des règles connues du droit civil des contrats, pour le reste, il est construit autour des règles exorbitantes de droit commun et que l'on ne retrouve guère dans la sphère du droit civil des contrats.

104 RICHER (Laurent), « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, p. 176.

105 KIRAT (Thierry), « Réflexions sur les marchés publics de la défense », *op. cit.*, pp. 141-158.

106 LAUBADERE (André de), VENEZIA (Jean Claude) et GAUDEMET (Yves), *Manuel de droit administratif, op.cit.*, p. 233 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif, op. cit.*, p. 358.

107 OWONA (Joseph), « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *op.cit.*, p. 105.

Peut-on pour autant voir dans la libéralisation du choix du cocontractant de la collectivité publique par les procédés non concurrentiels, l'acte de décès du droit administratif et sa vision fondamentalement autoritaire et inégalitaire des rapports entre l'administration et les particuliers ? La réponse semble probablement négative : la désignation du partenaire de la puissance publique par ce procédé est bâtie autour de l'urgence et de la sécurité, qui ne permettent pas à l'administration de disposer du temps et parfois des moyens nécessaires pour l'application rigoureuse des principes concurrentiels. Et l'on sait en effet que, même ce mode dérogatoire de désignation du cocontractant est souvent empreint d'un minimum de concurrence, ou à tout le moins d'autoritarisme et d'absence de réciprocité. Tout ce que l'on peut reprocher à la réglementation en l'état actuel des choses, c'est d'avoir mis à la disposition de l'administration, une pluralité de procédés de sélection dont seule elle reste maîtresse du choix. Ce qui ne permet pas finalement au Code de transparence et de bonne gouvernance de trouver sa pleine expression.

Autant dire tout de suite pour parodier certains auteurs, que le choix du cocontractant de l'administration est enraciné dans ses principes concurrentiels traditionnels mais que, au fil du temps, tel un bateau larguant ses amarres, il s'en va naviguant vers d'autres cieux et d'autres lieux, traçant dans son sillage de nouvelles règles sans pour autant rompre totalement avec son port d'attache¹⁰⁸. Toutes choses qui pourraient laisser penser que le droit administratif, en plus de la perte de son autonomie, a considérablement évolué au point de rechercher les solutions partout en droit y compris en droit civil pour la nécessaire

108 BERRAMDANE (Abdelkhaleq) et ROSSETTO (Jean), *Cours de droit de l'union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 67.

conciliation entre les prérogatives de puissance publique et les droits des administrés.

Conclusion

L'analyse du choix du cocontractant de l'administration en droit positif camerounais impose quelques observations majeures : que la liberté de sélection soit restreinte par les procédés concurrentiels, ou encore qu'elle soit laissée à l'appréciation totale de l'administration par les procédés non concurrentiels, ne semble devoir souffrir de rien, la réglementation en vigueur l'a consacré. En outre, si l'administration n'est pas totalement libre selon les cas dans le choix de son partenaire au contrat, elle demeure cependant entièrement libre dans le choix du procédé de sélection ; ce d'autant plus que le législateur met à sa disposition une pluralité de procédés de sélection dont seule elle reste maître du choix. On en vient donc à se demander si le choix du cocontractant est un pouvoir discrétionnaire ou lié ?¹⁰⁹ Le droit des contrats administratifs camerounais est encore très souffrant, et ce ne sont pas les spécialistes qui, après s'être rendus à son chevet pour le diagnostiquer, qui nous démentiront. Le premier mal désormais bien connu de tous dont souffre notre droit des contrats administratifs est la préférence de la procédure dérogatoire à la procédure de droit commun. Viennent s'ajouter le silence, sinon l'imprécision des textes pour ce qui est des marchés spéciaux, le formalisme accru de la procédure concurrentielle, ainsi que la qualité de la prestation, qui en toute hypothèse, a des répercussions sur la performance. Quelques pistes de solutions sont à explorer, étant précisé qu'elles apparaissent comme l'ordonnance prescrite pour remédier aux maux d'attribution

¹⁰⁹ CHABANOL (Daniel), « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, pp. 83-94.

et de passation des marchés publics qui ont cours jusqu'ici. La première a trait à une collaboration nécessaire dans la pratique entre les organismes bénéficiaires de la prestation et l'agence de régulation des marchés publics, ainsi qu'au renforcement des règles de concurrence et de bonne gouvernance, à l'effet d'éradiquer le favoritisme et la prolifération des marchés publics fictifs. Aussi faut-il reconsidérer les deux critères financiers d'attribution du marché : l'offre la moins disante pour les marchés de travaux et de fournitures, et l'offre la mieux-disante pour les marchés de prestations intellectuelles, qui ne manquent pas pour le premier de permettre à l'organisme public de retenir par devers lui, le reste des fonds après entente, et pour le second, de procéder à une surenchère du prix de la prestation avec la complicité de l'organisme bénéficiaire, dans l'espoir de se partager le butin après service fait. La rationalisation de la procédure de passation s'avère tout aussi nécessaire, pour réduire le formalisme accru qui est devenu monnaie courante dans notre droit des marchés publics.

« Le pouvoir de substitution en droit de la décentralisation territoriale camerounaise »*

Maurice Cédric Mvogo

Conseiller Principal d'Orientation

Docteur en Droit public

*Chercheur associé au Bureau des Etudes Stratégiques
(BESTRAT)*

INTRODUCTION

L'État est à la fois une idée et un fait, une abstraction et une organisation¹. Il n'a pas de réalité concrète, mais sa présence est sensible dans la vie de tous les jours². La matérialisation de son fonctionnement passe par la mise en exergue de son pouvoir normatif. Ainsi, il s'agit non seulement de fixer des règles de conduite et d'en imposer le respect, mais aussi de penser le modèle le plus adéquat pour la satisfaction de l'intérêt général. Afin de satisfaire d'une manière plus significative à la réalisation de l'intérêt général, le constituant de 1996 a opté pour une forme particulière de l'État³ dans l'optique d'impulser le développement et de procéder à un ancrage de la démocratie. Néanmoins

* La présente étude est une version remaniée d'un mémoire de Master en droit public soutenu à l'Université de Yaoundé II, année académique 2013-2014 sur le thème : *Le pouvoir de substitution dans le droit de la décentralisation territoriale camerounaise*.

1 Ardant (Ph.) et Mathieu (B.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22^e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 21.

2 *Ibid.*

3 L'article 1^{er} al. 2 la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008, précise que « la République du Cameroun est un État unitaire décentralisé ».

avant cette étape, il était apparu nécessaire de remédier aux conséquences désastreuses de la crise de l'endettement des années 80, qui a contribué à démontrer les limites de la conception de l'État interventionniste⁴. La logique unitaire et décentralisée de l'État du Cameroun, traduit l'existence de deux principaux types de collectivités territoriales décentralisées : les régions et les communes⁵. Celles-ci constituent des relais entre les populations et le pouvoir central. Par-là se trouve réalisée, la cohabitation entre la déconcentration et la décentralisation.

La décentralisation prend sa place dans les exigences de restructuration et de modernisation des administrations publiques⁶, africaines en général et de l'administration camerounaise en particulier. D'un point de vue historique, c'est au terme de la tripartite organisée en octobre-novembre de l'année 1991, que la décentralisation fut adoptée au détriment des thèses fédéralistes tendant à ressusciter la constitution de 1961⁷. Néanmoins, il est important de tenir aussi compte de la période antérieure à l'indépendance qui va de 1884 à 1960. À cette période, l'étude de la décentralisation territoriale au Cameroun est fortement tributaire des considérations transnationales et notamment de la présence franco-britannique dans notre pays⁸. Au lendemain de la première guerre mondiale et suite à la défaite allemande, le Cameroun sera placé sous le régime international du mandat franco-britannique.

4 Pekassa Ndam (G. M.), « La classification des communes au Cameroun », *RASJ*, vol. 6, n° 1, 2009, p. 229.

5 Article 55 alinéa 1 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996.

6 Keudjeu De Keudjeu (J. R.), *Recherche sur l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Douala, Année académique 2010-2011, p. 3.

7 Owona (J.), *La décentralisation camerounaise*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 23.

8 Hond (J. T.), « État des lieux de la décentralisation territoriale au Cameroun », in Ondoa (M.) (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 96

Dans l'ex-Cameroun occidental, l'empire britannique pratiquait l'administration indirecte ou *indirect rule*. Grâce notamment à ce système d'administration, les Anglais vont poser les prémices du processus de décentralisation au Cameroun à travers la création des *Natives courts* dès 1922. Par la suite, d'autres structures locales verront le jour en 1948. Il s'agissait des *Natives authorities*. Celles-ci étaient placées sous la direction et l'administration des autorités traditionnelles qui avaient le pouvoir de légiférer et d'établir des impôts sous le contrôle des *Districts officers*. En ce qui concerne l'ex-Cameroun oriental, c'est la politique française de l'administration directe qui y était appliquée. Cette dernière ne permettait guère une association des populations locales à la gestion des affaires les concernant. C'est seulement à partir de 1941 que les français procéderont à la création des communes mixtes. Il faut noter que la décentralisation dans cette partie du territoire était fortement imprégnée de la logique centralisatrice. C'est ce qui peut justifier que les communes mixtes créées en 1941⁹, aient été dirigées par des admirateurs-maires. Après cette relative avancée, il a fallu attendre la promulgation de la loi du 18 novembre 1955 réorganisant l'institution communale. Cette loi viendra fixer de manière plus explicite le statut des communes au Cameroun, en distinguant d'une part, les communes de plein exercice dirigées par un exécutif bicéphale, composé d'un conseil municipal élu désignant en son sein un maire et ses adjoints, et d'autre part, les communes de moyen exercice, administrées par un conseil municipal élu, mais ayant à sa tête un maire et des adjoints nommés par le Haut-Commissaire¹⁰.

9 Les communes mixtes auxquelles il est fait allusion sont celles de Yaoundé et de Douala.

10 Hond (J. T.), « État des lieux de la décentralisation territoriale au Cameroun », *op.cit.*, p. 98 ; voir également dans ce sens, Pekassa Ndam (G. M.), « La classification des communes au Cameroun », *op.cit.*, pp. 229-266.

La période post indépendance constitue un tournant majeur dans la consécration constitutionnelle des assises juridiques de la décentralisation au Cameroun. Toutefois, c'est la constitution du 4 mars 1960 qui, la première, a donné des bases constitutionnelles' à la décentralisation territoriale au Cameroun¹¹. La constitutionnalisation de la décentralisation s'est accompagnée par la suite d'un encadrement règlementaire et législatif important¹².

D'un point de vue doctrinal, « la réalisation de la décentralisation est subordonnée à la présence de trois conditions. Elle implique en premier lieu, que soit déterminée une sphère de compétences au bénéfice *des collectivités* territoriales »¹³. Deuxièmement, elle suppose que des activités propres soient prises en charge par des autorités locales indépendantes du pouvoir central tant pour leur nomination que pour leur révocation¹⁴. En troisième lieu, il faut qu'il y ait une gestion autonome des affaires propres¹⁵.

La décentralisation camerounaise, en ce qui la concerne, se veut être « *l'axe fondamental de promotion du développement, de la*

11 Guimdo Dongmo (B.-R.), « Constitution et décentralisation au Cameroun depuis la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 », *Revue Juridique et Politique*, n° 2, 2005, pp. 205-206. Lire également du même auteur, « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun (contribution à l'émergence d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales décentralisées) », *RGD*, vol. 29, n° 1, 1998, pp. 81-82.

12 L'on peut citer pour mémoire, le décret n° 77/91 du 25 mars 1977 déterminant les pouvoirs de tutelle sur les communes, les syndicats de commune et les organismes communaux, modifié par le décret n° 90/1464 du 09 novembre 1990 ; la loi n° 74/23 du 05 décembre 1974 portant organisation communale ; la loi n° 2004/017 du 22 juillet 2004 d'orientation de la décentralisation ; la loi n° 2004/017 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux communes ; la loi n° 2004/018 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux régions ; la loi n° 2009/011 du 10 juillet 2009 portant régime financier des collectivités territoriales décentralisées. Toutes ces lois sont aujourd'hui abrogées par la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées.

13 Baguenard (J.), *La décentralisation*, 7^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, p. 23.

14 *Ibid.*, p. 24.

15 *Ibid.*

démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local »¹⁶. Au regard de cette orientation, une importante tutelle est exercée sur les collectivités territoriales décentralisées. De manière générale, les procédés de tutelle sont divers, ils se matérialisent par le pouvoir d’approbation, d’autorisation, de sanction, d’annulation et de substitution¹⁷. Ce dernier revêt une certaine particularité tant du point de vue de sa définition, de ses mécanismes et de sa portée. En un mot, il met en opposition deux modalités d’organisation administrative à savoir la centralisation et la décentralisation sous le prisme du droit.

Le pouvoir de substitution est, « une mesure d’exécution forcée permettant à l’Administration *d’agir aux lieu et place d’une personne ou d’une collectivité, publique ou privée, défaillante et qui dans sa nature même constitue une prérogative de l’État et dans ses conséquences affecte les intérêts du substitué* »¹⁸. De plus, son but est d’obtenir la réalisation d’un acte obligatoire ou le fonctionnement d’un service indispensable¹⁹. Il est assujéti au

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

17 Van Lang (A.), G. Gondouin et Inserguet-Brisset (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, 5^e éd., Sirey, 2008, p. 400.

18 *Ibid.*

19 Dans la décision n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007 pour la Polynésie Française, le Conseil constitutionnel français a jugé en particulier que : « *Considérant qu’en vertu du troisième alinéa de l’article 72 de la Constitution, dans les conditions prévues par la loi, les collectivités territoriales s’administrent librement par des conseils élus et disposent d’un pouvoir réglementaire pour l’exercice de leurs compétences ; qu’aux termes du dernier alinéa de cet article : “Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l’État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois” ; qu’il appartient donc au législateur de prévoir l’intervention du représentant de l’État pour remédier, sous le contrôle du juge, aux difficultés résultant de l’absence de décision de la part des autorités décentralisées compétentes en se substituant à ces dernières lorsque cette absence de décision risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l’application des lois ; que les conditions posées pour l’exercice par le délégué du Gouvernement de ses pouvoirs de substitution doivent être définies quant à leur objet et à leur portée ; Considérant que l’article 7 définit avec précision les conditions d’exercice du pouvoir de substitution du haut-commissaire de la République ; que,*

respect scrupuleux de certaines conditions. En effet, pour qu'il y ait mise en œuvre du pouvoir de substitution, il « *est indispensable que l'organe subordonné ait l'obligation d'agir; qu'il refuse de remplir cette obligation et qu'enfin un texte précis autorise le recours à un tel procédé* »²⁰. Dans l'ensemble de la doctrine publiciste, cette appréhension est constante malgré quelques petites nuances observées. En réalité, l'encadrement textuel²¹ de l'exercice du pouvoir de substitution est présent dans la quasi-totalité des définitions proposées par la doctrine. C'est ainsi que selon le *Vocabulaire juridique*, le pouvoir de substitution est le pouvoir des autorités de tutelle qui leur permet dans certaines conditions restrictivement définies, de se substituer aux autorités sous tutelle et d'agir en leur lieu et place²². Il s'agit également d'une forme de tutelle dans laquelle l'autorité chargée de celle-ci peut se substituer à l'autorité décentralisée, préalablement mise en demeure, pour prendre à la place de cette dernière une décision qu'elle s'est refusé à prendre alors qu'elle y était tenue²³.

Il ressort de ces différentes appréhensions, que le pouvoir de substitution ne peut se défaire d'un certain nombre d'éléments déterminants et indispensables pour sa mise en œuvre. Les éléments dont il s'agit trouvent toute leur pertinence dans son caractère duale et versatile. Ce dernier peut découler tantôt de la mise en exergue du pouvoir discrétionnaire, tantôt de l'exercice

dans ces conditions, il n'est pas contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales ».

20 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », *RDP*, 1960, p. 768.

21 L'encadrement textuel dont il est question, repose sur le respect du principe de légalité qui établit la soumission de l'activité juridique (édiction des actes administratifs) et matérielle (police et service public) de l'Administration.

22 Cornu (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, août 2011, p. 985.

23 *Ibid.*

de la compétence liée²⁴. Néanmoins, la légalité demeure toujours à ce niveau la règle²⁵. Cette exigence tient certainement du fait que ce pouvoir permet l'immixtion d'une autorité extérieure dans le domaine de compétence d'une autre et pour qu'elle soit exempte de toute suspicion d'illégalité, il faut qu'elle ait une autorisation pour agir qui par essence, confère la capacité d'agir dans un sens²⁶.

En tant que prérogative de l'État, le pouvoir de substitution questionne le rapport entre l'État et les collectivités locales. Le contexte et l'actualité récentes au Cameroun démontrent à n'en point douter l'intérêt de la problématique de la décentralisation. En effet, du fait de l'importante crise enregistrée dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest, s'est, à l'initiative du Chef de l'État, tenu du 30 septembre au 04 octobre au Palais des Congrès de Yaoundé, le « Grand Dialogue National ». L'on a ainsi assisté à l'adoption d'un Code général des collectivités territoriales. Cette codification réalisée de manière officielle en ce sens qu'elle procède d'une élaboration législative²⁷ revêt un intérêt particulier qui déteint sur celui de la présente étude. En effet, avec ce nouveau texte, il

24 Selon Bruno Kornprobst « l'on est en présence d'une compétence liée lorsque l'administration prend des décisions dont le droit applicable prévoit tout à la fois la nécessité et le contenu c'est-à-dire lorsque, la loi dictant sa conduite à l'administrateur, l'action de ce dernier a pour seul objet et pour résultat nécessaire d'appliquer à un cas particulier les dispositions préexistantes qui en règlent le sort, sans avoir aucun pouvoir d'appréciation ». Kornprobst (B.), « La compétence liée », *RDP*, 1961, pp. 935-936.

25 Van Lang (A.), G. Gondouin et Inseguet-Brisset (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 400. L'article 301 de la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées, dispose que « la substitution en matière budgétaire se déroule conformément aux dispositions de la présente loi ».

26 Abane Engolo (P. E.), *L'application de la légalité par l'administration au Cameroun*, Thèse de Doctorat Ph.D. en droit public, Université de Yaoundé II, 2008-2009, p. 41.

27 Bureau (D.), « Codification », in Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2014, p. 228.

apparaît intéressant d'un point de vue théorique de questionner le principe de libre administration²⁸ constitutionnellement consacré et d'un point de vue pratique d'appréhender l'actualité de la répartition des compétences entre les autorités décentralisées et les autorités de tutelle. Au-delà du constat d'une uniformisation des anciennes règles existantes et d'une innovation concernant le statut des deux régions précitées, il est un point qui demeure : l'existence du pouvoir de substitution. Cependant, l'on doit avouer qu'il fait preuve d'une certaine indocilité et qu'il accepte malaisément de se plier aux règles auxquelles obéissent les autres procédés de contrôle²⁹. Ce pouvoir est bien plus qu'un simple procédé de tutelle, d'où la pertinence qu'il y a à véritablement le saisir. Il est un Janus et son ambivalence est d'autant plus marquée dans l'œuvre décentralisatrice au Cameroun. En effet, malgré le fait que le dessin et le dessein de la décentralisation territoriale, « on peut se rendre compte qu'il y a plutôt une sorte de paradoxe qui se dégage dans ce processus de décentralisation. En effet, l'analyse des dispositions législatives suffisamment étoffées oriente l'analyse vers une recentralisation »³⁰. Fort de ce constat, il s'avère impérieux de se demander qu'est-ce qui justifie le recours à ce procédé de tutelle en droit de la décentralisation camerounaise ?

L'intérêt d'un tel questionnement peut s'apprécier sur un double aspect. D'un point de vue théorique, l'analyse de la justification du pouvoir de substitution permet d'être situé sur les prérogatives juridiques des autorités administratives. Ces prérogatives

28 Bagagna (B.), « Le principe de la libre administration des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun », *SOLON, Revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, vol. III, n° 7, août 2013, pp. 97-122.

29 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », *op.cit.*, p. 754

30 Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise : de la décentralisation à la recentralisation », *RADSP*, vol. 1, n° 1, jan-juin 2013, p.164.

sont fondamentales pour l'édition des actes administratifs unilatéraux³¹ dont l'une des finalités est d'assurer la primauté de l'intérêt général. En outre, l'identification de l'acte de substitution commande de prendre en compte les formalités liées à l'élaboration de l'acte administratif et les caractères qui s'y attachent, ainsi que leur justiciabilité devant le juge administratif. En outre, par le biais de cette étude, il sera possible de mieux appréhender le pouvoir discrétionnaire et la manifestation de la compétence liée à la fois des autorités de tutelle et des autorités locales au Cameroun.

Sur le plan pratique, la plus-value de cette étude réside dans l'appréhension de la répartition des compétences entre les autorités décentralisées et les autorités de tutelle. Sous cet aspect, le pouvoir de substitution semble être un pouvoir d'ordre pratique. Il n'est envisagé que par rapport à un but, corriger la carence ou l'inexécution d'une compétence liée. Eu égard à ce postulat, il s'agit d'édifier non pas seulement les autorités décentralisées sur les fonctions qui leurs sont légalement assignées, mais aussi les autorités du pouvoir central, en ce qui concerne leurs missions de contrôle de l'action administrative locale. Bien plus, il est question de mettre un accent sur la détermination des mécanismes normatifs concourant à la réalisation et au respect de l'État de droit, qui s'incorpore techniquement dans le principe de légalité³².

31 L'acte de mise en demeure par exemple a certes un caractère non décisoire par principe, néanmoins il est des hypothèses où il peut être un acte administratif faisant grief, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Voir dans ce sens l'affaire NDZANA Joseph c/ État du Cameroun (C.U. YDE) du 30 juillet 1986.

32 Guincharde (S.) et Debarde (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Paris, Dalloz 2014-2015, p. 435.

Pour y parvenir, il est nécessaire de s'appuyer sur la méthode juridique constituée de la dogmatique et de la casuistique³³.

La dogmatique « *s'intéresse essentiellement au droit légiféré, en tant qu'elle vise une systématisation de ce droit à partir de règles existantes pour faire comprendre la cohérence ou les incohérences de l'ordre juridique* »³⁴. À travers elle, il s'agit d'opérer d'une part une analyse et une synthèse de l'œuvre doctrinale et d'autre part, des textes juridiques relatifs au droit administratif camerounais en général et à la décentralisation en particulier. La casuistique elle, « *s'intéresse davantage au droit positif, au droit réellement en vigueur* »³⁵ et donc à la jurisprudence émise par le juge. En effet, « *en toutes matières, le rôle du juge est essentiel pour appliquer la loi, l'interpréter, en combler les lacunes mais aussi pour la rajeunir, la vivifier ou l'estomper ou la combattre* »³⁶. Il sera question d'analyser les solutions posées par le juge administratif camerounais, car la décentralisation suppose l'existence de rapports entre l'État et les collectivités locales, mais également entre l'administration et les populations. Il s'agit donc pour le juge de veiller au respect d'un certain nombre d'exigences indispensables pour garantir l'effectivité de la décentralisation. En somme, le recours à la méthode juridique permettra à coup sûr de déterminer d'un point de vue formel, la quintessence du pouvoir de substitution.

33 Le doyen Georges Vedel précise que la dogmatique et la casuistique doivent aller de concert. En effet, « une doctrine qui se construirait sans souci de fidélité au droit positif jurisprudentiel perdrait toute réalité ; de même, une jurisprudence rebelle à un minimum de systématisation doctrinale perdrait toute intelligibilité. Le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est naturel et bienfaisant », G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n° 8, 1954, p. 53.

34 Nlep (R.-G.), *L'administration publique camerounaise : contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, t. XLI, Paris, LGDJ, 1986, p. 8.

35 *Ibid.*

36 Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, pp. 84-85.

Au regard de ces précisions, il faut inférer comme hypothèse que la nécessité justifie le recours au pouvoir de substitution en droit de la décentralisation camerounaise. En effet, à travers elle se décline d'une part la transcendance des intérêts supérieurs de l'État (I) qui rappellent à n'en point douter que la décentralisation ne saurait être mise en exergue sans un minimum de contrôle. D'autre part, l'immanence de la puissance (II) raffermi la mission sempiternelle de satisfaction de l'intérêt général que doit assurer l'État et ce quel que soit la situation.

I- LA TRANSCENDANCE DES INTERETS SUPERIEURS DE L'ÉTAT

L'État de par sa définition et son fonctionnement, défend un ensemble d'intérêts supérieurs. Ceux-ci peuvent être appréhendés comme l'ensemble d'attributs et/ou de priorités définies non seulement par le pouvoir constituant, mais aussi par les pouvoirs publics comme devant servir à l'incarnation de l'idée de l'État. Cela signifie en d'autres termes que l'État domine sur toute chose et que son bras séculier qu'est l'Administration doit veiller que veuille être au-dessus et rester debout³⁷. Ainsi, l'on observe d'une part que sa transcendance tient à l'intangibilité de ses attributs (A) et d'autre part, à celle du principe de subsidiarité (B).

A- L'intangibilité des attributs de l'État

L'organisation interne de l'État est une manifestation de la souveraineté territoriale et elle apparaît dans la Constitution écrite comme l'expression de son identité politique³⁸. À la lecture

37 Abane Engolo (P. E.), « Existe-t-il un droit administratif camerounais ? », in Ondo (M.) et Abane Engolo (P. E.) (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 18.

38 Borella (F.), *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Presse de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2008, p. 173.

de l'alinéa 2 de l'article premier de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, il apparaît que « la République du Cameroun est un État unitaire décentralisé. Elle est une et indivisible... ». À l'analyse de cette disposition, deux constats se dégagent. Premièrement, l'unité et l'indivisibilité apparaissent comme des caractères ou des attributs intangibles de l'État. Secondement, cette intangibilité déteint sur le modèle d'organisation administrative choisi par le constituant à savoir la décentralisation, à tel point que l'on aperçoit en filigrane l'idée de son acceptation conditionnelle via la consécration constitutionnelle de l'autonomie et de la libre administration des collectivités territoriales décentralisées³⁹.

L'unité qualifie un tout indivisible qui peut être formé de parties distinctes mais inséparables sans détruire le tout⁴⁰. Elle est d'abord territoriale, non pas géographiquement, mais juridiquement⁴¹. Elle adopte cette nature en raison de la notion de souveraineté. En réalité, même si le souverain n'exerce pas lui-même, directement, la puissance dont il est le titulaire, tous les pouvoirs exercés dans l'État par ses agents, officiers, ou par les organes de l'État le sont au nom du souverain qui se trouve ainsi, nominalement, l'auteur des actes de puissance⁴².

L'unité est aussi idéologique. Il en est ainsi en raison de l'histoire du Cameroun qui, bien que n'ayant jamais été une colonie⁴³ d'une

39 L'article 55 alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 dispose que « les collectivités territoriales décentralisées sont des personnes morales de droit public. Elles jouissent de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts régionaux et locaux. Elles s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi ».

40 Borella (F.), *Éléments de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 174.

41 *Ibid.*

42 Maulin (É.), « Souveraineté », in Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1435.

43 KIARI (J.-B. N.), « "L'identité Cameroun" », in Fomethé (A.) (dir.), *Cinquantennaires de l'indépendance et de la réunification du Cameroun. Bilan, enjeux et perspectives*, (*Actes du colloque de Dschang – 10 au 12 mai 2010*), Presses Universitaires de Dschang, 2013, p. 185.

puissance étrangère, a néanmoins subi l'occupation respective de l'Allemagne, de la France et de la Grande-Bretagne. Pour plus de précisions, il s'avère indiqué de relever que l'assujettissement du « Cameroun français » à l'autorité politique française se manifesta de trois manières successives, d'inégale durée et importance⁴⁴. D'abord selon les mécanismes classiques de la colonisation, consécutive à l'occupation de fait qui eut lieu à la suite de l'expulsion, en 1916, de l'Allemagne ; ensuite, sous la forme du mandat international, instauré conformément au traité de Versailles, par l'accord de Londres du 20 juillet 1922 et enfin, à travers la technique de la tutelle internationale, imaginée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) et instituée au Cameroun par la résolution de l'Assemblée Générale des Nation-Unies du 13 décembre 1946⁴⁵. Toujours en guise de rappel historique, le Cameroun tel que nous le connaissons aujourd'hui c'est-à-dire comme entité territoriale humaine et politique ayant des contours et des frontières bien définis n'existait pas avant 1894⁴⁶. La formation du territoire du Cameroun actuel commence en 1884, lorsque Gustav Nachtigal signe, avec les chefs de la côte du Wouri, les « conventions » germano-Douala. De 1919 à 1946, le Cameroun est un pays totalement dépendant et de 1946 à 1956 inclus, ce dernier commence à émerger à la vie politique⁴⁷. C'est par la suite que son histoire politique et constitutionnelle va s'orienter vers l'objectif d'unification via le référendum du 20 mai 1972, fruit de l'initiative d'Ahmadou AHIDJO, alors président de la République

44 Ondo (M.), *Introduction historique au droit camerounais : la formation initiale des éléments pour une théorie de l'autonomie des droits africains*, Yaoundé, Les Éditions. Le Kilimandjaro, coll. « Doctrine Juridique Africaine et Malgache », 2013, p. 107.

45 *Ibid.*

46 Owona (A.), « La naissance du Cameroun (1884-1914) », *Cahiers d'études africaines*, vol. 13, n° 49, 1973, p. 16.

47 Gonidec (P. F.), « De la dépendance à l'autonomie : l'État sous tutelle du Cameroun », *Annuaire français de droit international*, vol. 3, 1957, pp. 599-600.

du Cameroun. La République fédérale du Cameroun formée de l'État du Cameroun oriental et du Cameroun occidental, est donc devenue à compter de l'entrée en vigueur de la Constitution du 2 juin 1972, un État unitaire sous la dénomination de République unie du Cameroun⁴⁸. Ce passé marqué de revendication, fait de l'unité un principe intangible autour duquel la nation toute entière se reconnaît et transparait dans le discours politique. Elle est de ce point de vue manifestement le rejet du fédéralisme et signifie que le Cameroun se compose d'un seul État et qu'il n'y a pas d'État dans l'État⁴⁹. Cet état de chose donne une résonance particulière à l'indivisibilité.

L'indivisibilité en tant que principe caractérisant l'État, revêt une signification particulière. Celle-ci est étroitement liée à la souveraineté qui elle-même est dans son principe indivisible⁵⁰. Deux constats découlent de ce rapprochement, dont l'un porte sur l'aspect géographique tandis que l'autre sur le peuple. D'une part, l'indivisibilité s'oppose à la constitution de micro-États au sein de l'État. D'autre part, elle commande l'absence de différenciation entre les citoyens constituant le peuple camerounais. L'on retrouve la substance de cette idée dans la décision du Conseil constitutionnel français relatif au statut de la Corse du 9 mai 1991. Cet organe précise que la Constitution « ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens

48 Lire Akono Evang (S. P.), « L'unité nationale au Cameroun comme concept directeur », *Revue africaine d'études politiques et stratégiques*, n° 7, 2010, pp. 127-144.

49 Guimdo Dongmo (B.-R.), « La constitutionnalisation de la décentralisation au Cameroun (l'apport du constituant du 18 janvier 1996 dans la construction d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales décentralisées) », in Melone (S.), Minkoa She (A.) et Sindjoun (L.) (dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996*, Yaoundé, Fondation Freidrich Ebert/ Association Africaine de Science Politique/Section Camerounaise GRAP, 1996, p. 309.

50 Rousseau (J.-J.), *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, livre II, chapitre II, p. 64.

français sans distinction d'origine, de race ou de religion »⁵¹. De ce qui précède, il se dégage que sous l'effet de la décentralisation et du choix de traduire en actes des revendications identitaires comme c'était le cas en l'espèce, la République tendrait à être moins indivisible⁵². L'on comprend donc toute la méfiance du constituant à l'égard de la décentralisation dans un pays en proie aux revendications identitaires qui l'ont d'ailleurs amené à opter pour un constitutionnalisme identitaire⁵³. L'article 58 alinéa 1 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, renforce les limites de la décentralisation en proscrivant toute tentative de sécession vu que le conseil régional peut être suspendu par le président de la République lorsque qu'il met en péril l'intégrité du territoire⁵⁴.

En somme, la consécration constitutionnelle de l'unité et l'indivisibilité montre clairement d'une part que les collectivités territoriales décentralisées sont exclusivement des institutions administratives sans constitution, ni pouvoir législatif, ni tribunaux jugeant en leur nom⁵⁵. D'autre part, qu'elles n'ont pas un caractère politique et que la décentralisation n'est pas une situation transitionnelle vers le fédéralisme⁵⁶ ou même vers une scission de l'État. Elle n'est acceptée que sous réserve du respect de ses attributs et l'on peut aussi noter que ces institutions

51 Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991. Lire Pontier (J.-M.), « La République », *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31^e cahier, p. 243.

52 Ducomte (Lire J. M.), *La République*, Milan, coll. « Les essentiels Milan », 2002, p. 58.

53 Moudoudou (P.), « L'État africain : entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Revue CAMES/SJP*, n° 002/2015, pp. 113-140.

54 L'intangibilité de l'indivisibilité du territoire est si martelée par le constituant au point où « aucune procédure de révision ne peut être retenue si elle porte atteinte à la forme républicaine, à l'unité et à l'intégrité territoriale de l'État et aux principes démocratiques qui régissent la République ». Cf. article 64 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996.

55 Wandji K. (J. F.), « La décentralisation du pouvoir au Cameroun, entre rupture et continuité. Réflexions sur les réformes engagées entre 1996 et 2009 », *Janus, Revue de Droit et de Science Politique*, 5^{ème} année, n° 3, mars 2011, p. 140.

56 *Ibid.*

décentralisées n'ont pas le monopole de la satisfaction des besoins des populations.

B- L'intangibilité du principe de subsidiarité

L'analyse des missions régaliennes de l'État amène à reconnaître la place primordiale de la notion d'intérêt général. Cette notion certes polysémique, a une résonance certaine dans la satisfaction des besoins exprimés par les individus. Elle est la justification de l'intervention de l'État dans le domaine de compétence des collectivités territoriales décentralisées dont la substitution s'apparente dans bien des cas comme un palliatif de leur « *mauvais vouloir manifeste* »⁵⁷ s'agissant de l'exercice de leurs compétences liées. Comme le dit si bien Jean Rivero, « l'administration ne peut vouloir légalement que les fins positives à elle assignées : l'intérêt général toujours, et plus strictement encore, dans un grand nombre de cas, le but précis qui correspond à telle compétence particulière »⁵⁸.

D'un point de vue notionnel, l'on peut malgré le caractère polysémique que revêt la notion d'intérêt général, relever qu'elle renvoie à « ce que les autorités publiques ont reconnu comme tel »⁵⁹ ou encore à l'intérêt de l'État qui n'est autre que celui de l'Administration⁶⁰. Bien plus, il appert que l'intérêt général est « l'alpha et l'oméga » quand il s'agit d'appréhender le droit administratif⁶¹ de manière générale et le travail des autorités administratives de façon spécifique. Tout d'abord, il faut dire que

57 De Laubadère (A.), Venezia (J.-C.) et Gaudemet (Y.), *Traité de droit administratif*, t. 1, 13^e éd., Paris, LGDJ, 1994, p. 920.

58 Rivero (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDJ*, 1953, p. 288.

59 Abane Engolo (P. E.), « La pratique des déguerpissements publics en droit camerounais », in Ondoa (M.) (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, op. cit., p. 228.

60 Abane Engolo (P. E.), « Existe-t-il un droit administratif camerounais ? », op. cit., p. 19.

61 Pontier (J.-M.), « L'intérêt général existe-t-il encore », *Recueil Dalloz*, 1998, 35^e cahier, p. 327.

cette supériorité tire plus exactement son fondement théorique du principe de la continuité du service public qui lui-même émane du principe de la continuité de l'État. Ensuite, cette prévalence est établie par le législateur au moyen d'une consécration implicite du principe de la concurrence et enfin, elle est matérialisée par la définition d'un domaine assez étendu de mise en œuvre de la substitution.

L'ancienne loi d'orientation de la décentralisation du 22 juillet 2004 disposait clairement en son article 15 alinéa 2 que « les compétences transférées aux collectivités *territoriales ne sont pas exclusives. Elles sont exercées de manière concurrente par l'État et celles-ci dans les conditions et modalités prévues...* ». Cette consécration de l'exercice concurrentiel des compétences se justifie au regard de l'inexistence des compétences locales régaliennes⁶². À la lecture du Code général des collectivités territoriales nouvellement adopté, l'on note une modification de la formule. En effet, aux termes de son article 20 alinéa 1, le transfert et la répartition des compétences entre les collectivités territoriales obéissent aux principes de subsidiarité et de complémentarité. Aux termes de l'article 219 « les attributions confiées au maire en cas de danger grave ou imminent ne font pas obstacle au pouvoir du représentant de l'État dans la circonscription administrative où se trouve la commune, de prendre toutes mesures de sûreté exigées par les circonstances ». Il s'agit manifestement là d'une consécration implicite de l'exercice concurrentiel des compétences entre l'État central et les maires. À ce niveau, il ne fait l'ombre d'aucun doute que les principaux services publics nationaux tels que la défense nationale et la sécurité intérieure,

62 Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise : de la décentralisation à la recentralisation », *op. cit.*, p. 168.

répondent d'abord à l'intérêt national avant de répondre à des besoins individuels⁶³. Cette situation implique une rivalité entre ces deux acteurs avec certainement comme vainqueur le premier⁶⁴ étant donné qu'il dispose d'importants moyens non seulement financiers mais surtout juridiques qui lui permettent d'apprécier le sens de la notion d'urgence ou la nature des circonstances afin de procéder à la substitution. Il n'en saurait être autrement vu que la subsidiarité qui détermine le transfert des compétences vise à corriger la défaillance de l'entité inférieure qui sera supplée par l'autorité supérieure⁶⁵. C'est en d'autres termes la manifestation de l'emprise de l'État central sur les compétences de l'exécutif communal⁶⁶ et partant, une « matérialisation de la “déconcentration” et une mise en œuvre de la recentralisation administrative »⁶⁷.

La répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées est comme on l'a soulevé plus haut un élément cardinal dans le processus de décentralisation, à travers la schématisation d'une matrice d'actes et de pouvoirs propres à chacune de ces collectivités. Elle permet l'évitement de conflits entre la périphérie et l'État central. Mais, il faut relever que la reconnaissance d'un domaine de compétence propre aux autorités locales n'est pas synonyme d'exclusivité, encore moins de souveraineté. En clair, les autorités locales ne peuvent et ne

63 Biakan (J.), « Le critère du service public en droit administratif camerounais », in Ondoa (M.) et Abane Engolo (P. E.) (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, op. cit., p. 152.

64 *Ibid.*, p. 169.

65 Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise : de la décentralisation à la recentralisation », op. cit., p. 167.

66 Guindo 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, décembre 1995, pp.9-16.

67 Monembou (C.), « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise : de la décentralisation à la recentralisation », op. cit., p. 169.

sauraient avoir la compétence de leur compétence. Le domaine de la substitution en droit de la décentralisation territoriale est assez étendu vu que le législateur prévoit l'intervention de ce mécanisme en cas d'inexécution d'une compétence liée⁶⁸ et même en dehors⁶⁹. Néanmoins, l'on peut à partir de la double autonomie administrative et financière⁷⁰ dont jouissent les collectivités territoriales décentralisées camerounaises, déduire la dualité matérielle du domaine de compétence reconnu aux autorités locales et qui constitue par ricochet, le cadre de déploiement du pouvoir de substitution des autorités de tutelle. En d'autres termes, le pouvoir de substitution s'exerce d'une part en matière administrative et d'autre part, en matière budgétaire et financière.

S'agissant du premier domaine, le pouvoir de substitution conféré aux autorités de tutelle leur permet d'assurer la continuité d'un

68 Le Code général des collectivités territoriales décentralisées de 2019 dispose aux termes de l'article 227 que « (1) Dans le cas où le maire refuse ou s'abstient de poser des actes qui lui sont prescrits par la législation et la réglementation en vigueur, le ministre chargé des collectivités territoriales ; saisi par le représentant de l'État, après mise en demeure peut y faire procéder d'office (2) Lorsqu'il s'agit d'une mesure présentant un intérêt intercommunal le ministre chargé des collectivités territoriales; saisi par le représentant de l'État, peut se substituer, dans les mêmes conditions aux maires des communes intéressées ». En ce qui concerne la région, l'article 322 du même texte précise que « (1) dans le cas où le président du conseil régional refuse ou néglige d'accomplir un des actes qui lui sont prescrits par la législation ou la réglementation en vigueur qui s'imposent absolument dans l'intérêt de la région le ministre chargé des collectivités territoriales, après mise en demeure, peut y faire procéder d'office. (2) La mise en demeure visée à l'alinéa 1 ci-dessus est faite par tout moyen laissant trace écrite. Elle indique le délai imparti au président pour répondre au ministre chargé des collectivités territoriales. Lorsque la mise en demeure est restée sans effet dans le délai imparti, ce silence équivaut à un refus. (3) Lorsqu'il s'agit d'une mesure présentant un intérêt inter-régional, le ministre chargé des collectivités territoriales peut se substituer, dans les mêmes conditions, aux présidents des conseils régionaux intéressés ».

69 L'article 219 *ibid.*, dispose que « les attributions confiées au maire en cas de danger grave ou imminent ne font pas obstacle au pouvoir du représentant de l'État dans la circonscription administrative où se trouve la commune, de prendre toutes mesures de sûreté exigées par les circonstances.

70 Article 55 al. 2 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996.

service public local minimum⁷¹ soit directement, soit indirectement par la mise en place d'une délégation spéciale. De façon directe, le représentant de l'État dans la commune peut non seulement signer les convocations pour la tenue des sessions ordinaires en cas de défaillance du maire⁷², mais aussi pour les sessions extraordinaires⁷³. La substitution d'une délégation spéciale au conseil municipal⁷⁴ peut s'opérer pour plusieurs raisons. Aux termes de l'article 191 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales décentralisées, en temps de guerre, le conseil municipal d'une commune peut être suspendu par décret du président de

71 L'article 193 du Code général des collectivités territoriales *op. cit.*, dispose que « (1) la délégation spéciale exerce les mêmes attributions que le conseil municipal. (2) Toutefois, elle ne peut aliéner ou échanger des propriétés communales ; augmenter l'effectif budgétaire ; créer des services publics ; voter des emprunts ». L'article 194 du même texte affirme qu' « en cas de mobilisation, lorsque les élections au conseil municipal sont ajournées, la délégation spéciale est habilitée à prendre les mêmes décisions que le conseil municipal ».

72 Cf. l'article 171 *ibid.*

73 Aux termes de l'article 172 *ibid.*, « (1) le maire peut réunir le conseil municipal en session extraordinaire chaque fois qu'il le juge utile. Il est également tenu de le convoquer quand une demande motivée lui est adressée par les deux tiers (2/3) des membres. (2) Toute convocation est signée du maire et précise l'ordre du jour. Le conseil ne peut traiter d'autres affaires en dehors dudit ordre du jour. (3) Le représentant de l'État peut demander au maire de réunir le conseil municipal en session extraordinaire ; (4) Si la défaillance du maire est constatée dans les cas prévus aux alinéas 1, 2 et 3 ci-dessus, au terme d'une mise en demeure restée sans suite, le représentant de l'État peut signer les convocations requises pour la tenue d'une session extraordinaire du conseil municipal ».

74 Il faut relever que le juge administratif exerce un contrôle tatillon de la légalité de la mise sur pied de la délégation spéciale, tel est le cas dans l'arrêt n° 1/CFJ/SCAY du 30 avril 1968, TOKO Daniel c/ État du Cameroun Oriental. Le juge affirme en l'espèce que : « *Considérant en outre que le décret litigieux se réfère expressément à l'arrêté du 1^{er} septembre 1962 suspendant le sieur TOKO Daniel de ses fonctions, ainsi qu'à celui du 18 septembre 1962 nommant une délégation spéciale à la tête de la Commune Mixte Rurale d'Edéa ; que ce dernier arrêté doit être tenu pour illégal, en ce qu'il viole l'article 26 de la loi du 17 janvier 1959 relative au fonctionnement des communes, lequel ne prévoit et n'autorise la désignation d'une délégation spéciale qu'en cas de dissolution ou de démission collective du conseil municipal, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ; Que de surcroît, cette délégation spéciale était irrégulièrement composée, puisqu'elle comprenait trois membres du conseil municipal alors qu'aux termes de l'article 26 susvisé, les membres en devaient être choisis hors du conseil municipal ; que le décret incriminé participe de l'illégalité dont est entaché l'arrêté précité du 18 septembre 1962, auquel il se réfère expressément ; Considérant qu'en somme il doit être fait droit à la demande d'annulation du décret n° 63/36/COR du 8 avril 1963 présentée par le sieur TOKO Daniel* ».

la République jusqu'à la cessation des hostilités. Il est précisé à l'alinéa 2 de la même disposition que « *le même décret constitue une délégation spéciale habilitée à prendre les mêmes décisions que le conseil municipal. Il en précise la composition dont un président et un vice-président* ». En dehors de cette hypothèse de substitution en temps de guerre, il existe une autre possibilité de substitution du conseil municipal. Aux termes de l'article 192 de la même loi, « (1) en cas de dissolution d'un conseil municipal, de démission de tous ses membres en exercice, lorsque les élections d'un conseil municipal sont matériellement impossibles ou lorsqu'un conseil municipal ne peut être constitué, une délégation spéciale en remplit les fonctions. (2) Dans les huit (08) jours qui suivent la dissolution, l'acceptation de la démission ou la constatation de l'impossibilité matérielle d'organiser l'élection du conseil municipal, cette délégation spéciale est nommée par décret du président de la République qui désigne le président et le vice-président. (3) Le nombre des membres qui la composent est fixé à trois (03) dans les communes où la population ne dépasse pas cinquante mille (50000) habitants. Ce nombre peut être porté à sept (07) dans les communes d'une population numériquement supérieure ».

Pour ce qui est de la région, la mise en place d'une délégation spéciale fait suite soit à la suspension⁷⁵, soit à la dissolution⁷⁶, soit alors en cas de démission de tous les membres d'un conseil régional⁷⁷ ou de décision de justice devenue définitive, d'annulation de l'élection⁷⁸. La délégation spéciale exerce les mêmes attributions que l'organe délibérant qu'il remplace. Toutefois, elle ne peut aliéner ou échanger des propriétés communales, augmenter l'effectif budgétaire, créer des services publics, voter des emprunts⁷⁹. Il y a donc à ce niveau une véritable substitution, car comme l'affirme M. Hilaire Kouomegne Noubissi, « *même si elles ne sont pas négligeables, ces restrictions ne sont pas de nature à empêcher toute initiative de la délégation spéciale*

75 Aux termes de l'article 296 de la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées, « (1) Le conseil régional peut être suspendu par décret du président de la République sur proposition du Ministre chargé des collectivités territoriales en cas : d'accomplissement d'actes contraires à la Constitution ; d'atteinte à la sécurité de l'État ou à l'ordre public ; de mise en péril de l'intégrité du territoire national ; d'impossibilité durable de fonctionner normalement. (2) La suspension prévue à l'alinéa 1 ci-dessus ne peut excéder deux (02) mois. (3) La suspension peut être précédée d'une mise en demeure adressée au conseil concerné par le Ministre chargé des collectivités territoriales ».

76 L'article 297 *ibid.*, dispose que « le président de la République peut, par décret, après avis du Conseil constitutionnel, dissoudre un conseil régional : dans l'un des cas prévus à l'article 296 ci-dessus ; en cas de persistance ou d'impossibilité de rétablir la situation qui prévalait antérieurement, à l'expiration du délai prévu à l'article 296 ci-dessus ». Aux termes de l'article 298 du même texte, « (1) En cas de dissolution d'un conseil régional, le président de la République crée, par décret, une délégation spéciale dont un président et un vice-président, sur proposition du ministre chargé des collectivités territoriales. (2) Les pouvoirs de la délégation spéciale prévue à l'alinéa 1 ci-dessus se limitent à l'expédition des affaires courantes, aux mesures conservatoires et à la recherche de solutions aux affaires dont l'urgence est avérée. (3) 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. (4) Il est procédé à l'élection partielle des conseillers régionaux dans un délai maximal de six (06) mois. Les pouvoirs de la délégation spéciale prévue à l'alinéa 1 ci-dessus cessent dès l'installation du nouveau conseil régional ».

77 L'article 299 *ibid.*, énonce 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 ou de décision de justice devenue définitive, d'annulation de l'élection ».

78 Cf. article 299 *ibid.*

79 Cf. article 193 alinéa 2 *ibid.*

notamment à propos de l'exercice des compétences transférées (...) en matière d'exécution du budget »⁸⁰.

S'agissant du domaine budgétaire et financier, la substitution que ce soit de la commune ou de la région induit d'une part, la reconduction par douzième provisoire du budget en cas de refus de l'organe délibérant de voter le budget⁸¹ et d'absence de vote avant début de l'exercice⁸². D'autre part, elle peut au sens de l'article 427 du Code général des collectivités territoriales décentralisées, consister en une modification d'office du budget lorsqu'il n'a pas été voté en équilibre⁸³ ; lorsque les crédits inscrits pour couvrir les dépenses obligatoires sont insuffisants ; ou qu'il contient des dépenses interdites⁸⁴ et qu'il ne respecte pas les ratios prévus par la loi. Aux dires de la doctrine, la tutelle de l'État sur les collectivités territoriales décentralisées en matière budgétaire,

80 Kouomegne Noubissi (H.), *Décentralisation et centralisation au Cameroun : la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 326.

81 L'article 423 du Code général des collectivités territoriales décentralisées de 2019 précise que « (1) lorsque l'organe délibérant refuse de voter le budget, le chef de l'exécutif saisit le représentant de l'État pour arbitrage. En cas d'arbitrage infructueux, l'organe délibérant peut, sur proposition motivée du représentant de l'État, être suspendu par le Ministre chargé des collectivités territoriales pour une période n'excédant pas deux (02) mois. (2) Au terme de la suspension, un nouveau délai de quinze (15) jour est accordé à l'organe délibérant pour le vote du budget. (3) En cas de persistance du refus, l'organe délibérant peut être dissout. (4) Pendant la suspension ou la durée de la dissolution, suivant le cas, le représentant de l'État reconduit le budget par douzième provisoire. Le budget ainsi reconduit est exécuté par une délégation spéciale jusqu'à la mise en place d'un nouvel organe délibérant ».

82 L'article 428 *ibid.*, énonce que « (1) lorsque le budget n'a pas été voté avant le début de l'exercice, le représentant de l'État met en demeure la collectivité territoriale concernée d'y remédier sous quinze (15) jours. (2) Jusqu'au vote et à l'approbation du budget, le représentant de l'État reconduit le budget de l'exercice précédent par douzième provisoire ».

83 Dans son acception classique le principe de l'équilibre budgétaire impose que les dépenses soient égales aux recettes, c'est-à-dire qu'elles ne soient ni supérieures, ni même inférieures. Deruel (F.), *Finances publiques, budget et pouvoir local*, 9^e éd., Toulouse, Dalloz, 1991, p. 54.

84 L'article 406 du Code général des collectivités territoriales décentralisées *op. cit.*, dispose que « (1) les dépenses interdites sont celles qui sont formellement prohibées par les lois et les règlements en vigueur. (2) Sont notamment interdits : les prêts consentis par une collectivité territoriale à une personne privée ; les subventions aux associations non déclarées et autres structures non agréés les subventions aux associations et congrégations religieuses ; les subventions aux partis politiques... ».

permet une guidance et une orientation de la décentralisation⁸⁵. En effet, « *il est nécessaire que l'autorité centrale contrôle les finances locales, car l'État et la nation sont intéressés à ce que la gestion financière des communes suive des normes raisonnables et n'entraîne pas, par des excès de fiscalité ou une mauvaise gestion financière qui, locales qu'elles sont réagirait vite sur le plan national* »⁸⁶. En d'autres termes, le pouvoir de substitution permet à l'autorité de tutelle de garantir la bonne santé financière⁸⁷ des institutions décentralisées grâce notamment au respect des principes d'annualité et d'équilibre budgétaire. Eu égard à ce qui précède, on observe clairement que la soumission à la tutelle de l'État assure la primauté de l'intérêt général⁸⁸. À travers ces affirmations l'on constate aussi la prévalence de l'intérêt général en ce qu'il est le pilier fondamental de l'action de la puissance publique et qu'il sous-tend la légitimation du pouvoir de l'État⁸⁹. En somme, la transcendance des intérêts de l'État démontre le confinement ou l'acceptation conditionnelle de la décentralisation en ce sens qu'elle ne peut se départir de la loi⁹⁰ qui donne à observer la puissance de ce dernier.

85 Owona (J.), *La décentralisation camerounaise, op. cit.*, p. 119.

86 Bidias (B.), *Les finances publiques du Cameroun*, 2^e éd., GB3, 1982, p. 144, cité par Nkouayep (L. C. P.), *Le contrôle non-juridictionnel de la régularité du budget des communes en Droit camerounais*, Mémoire de DEA en droit public, Université de Yaoundé II, Année académique 2010-2011, p. 56.

87 Lekene donfack (É. Ch.), *Les finances publiques camerounaises*, Paris, Berger-Levrault, coll. « Mondes en devenir », série « Travaux de recherche de l'Université de Yaoundé (Tome V) », 1987, p. 73.

88 Douence (J.-Cl.), « Libre administration et organisation décentralisée », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 442.

89 Biakan (J.), « Le critère du service public en droit administratif camerounais », *op. cit.*, p. 156.

90 Il faut relever que contrairement à Charles Eisenmann qui affirmait que les conceptions extensives de la légalité représentent des altérations profondes de la conception originariaire de la légalité, (Eisenmann (Ch.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p. 27.), que la légalité a bien une conception extensive qui ne s'oppose pas cette dernière et qui dépasse le cadre de la loi pour englober la Constitution, les règlements, à l'exclusion des contrats administratifs et des principes généraux du droit.

II- L'IMMANENCE DE LA PUISSANCE DE L'ÉTAT

Puisque l'État est une idée, il est évident qu'il suppose des esprits aptes à le penser⁹¹. Mais, il faut surtout que la puissance qui est la possibilité d'être obéi se double de l'autorité qui est une qualification pour donner l'ordre⁹². C'est en cela que réside la quintessence des rapports entre l'État et les collectivités territoriales dont la libre administration n'est nullement assimilable à un blanc-seing. La théorie de la décentralisation⁹³ ne peut aucunement prétendre à une remise en cause de la tutelle en tant qu'institution, mais seulement l'atténuer ou l'alléger. Malheureusement, le contexte actuel de l'État du Cameroun ne s'y prête pas fondamentalement en ce qui concerne le pouvoir de substitution vu qu'il est de par sa nature un palliatif de la défaillance de l'institution décentralisée. La mise en exergue de ce pouvoir subodore l'irréductibilité des privilèges juridiques du substituant (A) et magnifie son irresponsabilité (B).

A- L'irréductibilité des privilèges juridiques du substituant

Le pouvoir de substitution met en jeu une prérogative de l'État⁹⁴. En jetant un regard sur l'édiction des actes administratifs par le substituant, l'on observe que le législateur a conféré à ce dernier le privilège de l'unilatéralité et celui de la discrétionnalité y afférente. S'agissant du premier, le doyen Georges Vedel et Pierre Delvolvé soutiennent dans leur ouvrage que « parmi les prérogatives de puissance publique dont dispose l'Administration, la plus caractéristique est sans doute celle de pouvoir prendre des

91 Burdeau (G.), *L'État*, Seuil, 1970, p. 39.

92 *Ibid.*, p. 40.

93 Roig (Ch.), « Théorie et Réalité de la Décentralisation », *RFSP*, 16^e année, n° 3, 1966, pp. 445-471.

94 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », *op. cit.*, p. 784.

décisions exécutoires, c'est-à-dire de faire naître unilatéralement des obligations et éventuellement des droits au profit ou à la charge de tiers sans le consentement de ceux-ci : c'est le privilège de la décision exécutoire »⁹⁵. Cette affirmation est partagée par Jacques Chevallier pour qui « l'unilatéralité n'acquiert toute *sa portée que lorsqu'elle prend la forme de la décision exécutoire, s'imposant aux administrés avec force obligatoire* »⁹⁶. En d'autres termes, l'unilatéralité présente dans l'acte administratif confère à l'autorité administrative le monopole de la contrainte.

Même s'il est certes vrai que la substitution est limitée dans le temps et dans l'espace, l'on constate que les autorités sous tutelle n'ont aucun moyen juridique pour empêcher leur évincement par les autorités de tutelle. Les prérogatives reconnues à ces dernières prévalent sur les premières. Une lecture attentive du Code général des collectivités territoriales permet de se rendre compte que les autorités décentralisées ne disposent pas d'un droit de recours au juge pour s'opposer à la substitution. Eu égard à cela, c'est dire que les décisions du substituant bénéficient d'une présomption de légalité qui déteint par conséquent sur leur caractère exécutoire et comme l'on sait qu'il n'appartient pas au juge d'arrêter les bras de l'Administration au moment où il exécute ; ce n'est qu'après coup que peut intervenir sa sanction redoutée⁹⁷. En outre, cela traduit d'une façon remarquable le privilège de l'unilatéralité

95 Vedel (G.) et Delvolvé (P.), *Droit administratif*, t. 1, 11^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 1990, p. 233. Lire aussi Tadjie (R.), « Le contrôle des actes des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun », *Revue Juridique et Politique*, n° 4, 2012, pp. 505-527. Le juge administratif précise dans l'arrêt n° 20/CFJ/AP, du 20 mars 1968, NGONGANG NDJANKE Martin c/État du Cameroun que « *l'acte administratif étant un acte juridique unilatéral pris par une autorité administrative, dans l'exercice d'un pouvoir administratif et créant des droits ou des obligations pour les particuliers* ».

96 Chevallier (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 60.

97 Rivero (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz, chronique* - VI, 1962, p. 37.

à travers l'expression de la volonté de l'auteur de l'acte qui est perceptible dans les effets exorbitants qui y sont attachés⁹⁸.

La discrétionnalité qui caractérise la majeure partie des actes du substituant renforce aussi l'idée de l'irréductibilité des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Il faut dire que conformément aux textes, le pouvoir de substitution peut être lié et dans ce cas l'on est en présence d'un devoir de substitution ou alors il peut être facultatif⁹⁹. Les seules hypothèses de pouvoir de substitution liée dans le droit de la décentralisation territoriale camerounaise, se retrouvent en matière budgétaire notamment à travers la reconduction par douzième provisoire¹⁰⁰. Dans son appréhension des normes, Hans Kelsen affirme qu'une norme qui commande une certaine action, interdit de s'abstenir de cette action¹⁰¹ et l'on sait aussi qu'en droit l'indicatif signifie l'impératif¹⁰². Cette précision contraste avec le sens lié à la discrétionnalité qui, lorsqu'elle est présente dans la substitution, met dans une certaine mesure en péril la décentralisation. En effet, dans bien des cas, seul le substituant est maître de la détermination des motifs de son intervention¹⁰³. Et l'on sait que le pouvoir discrétionnaire a deux manifestations. D'une part l'appréciation de l'opportunité de l'action et d'autre part, le choix du contenu de la décision¹⁰⁴.

98 Seiller (B.), « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDPA*, n° 2, 2004, p.487-490.

99 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », *op.cit.*, p. 781.

100 Voir les articles 423 et 428 de la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées.

101 Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, traduit de l'allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 119.

102 Nlep (R.-G.), *L'administration publique camerounaise... op. cit.*, p. 101.

103 La loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées précise aux termes de l'article 219 que « les attributions confiées au maire en cas de danger grave ou imminent ne font pas obstacle au pouvoir du représentant de l'État dans la circonscription administrative où se trouve la commune, de prendre toutes mesures de sûreté exigées par les circonstances.

104 Bockel (A.), « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, Juillet-Août 1978, pp. 356-359.

Cette liberté déteint sur la mise en demeure. Dans bien des cas, l'autorité de tutelle est libre de fixer le délai imparti à l'autorité décentralisée pour exercer sa compétence liée lorsqu'il procède à sa mise en demeure. Si l'on note qu'il est de soixante-douze (72) heures en cas de défaillance du maire en ce qui concerne la convocation en session ordinaire du conseil municipal¹⁰⁵ et de quinze (15) jours lorsqu'une collectivité territoriale n'a pas voté son budget avant le début de l'exercice¹⁰⁶, pour le reste des cas le délai imparti par la mise en demeure n'est pas précisé.

Or, cette absence d'encadrement du législateur contraste avec le sens même de cette notion qui renvoie à une injonction adressée par une autorité administrative, dans les cas prévus par les textes, pour ordonner à un particulier ou à une collectivité publique de prendre une mesure obligatoire ou de mettre fin à un comportement illégal¹⁰⁷. En d'autres termes, la mise en demeure renvoie à une « mesure comminatoire ou à une menace de mesure défavorable »¹⁰⁸. En tant qu'elle est un procédé de constatation du refus et qu'elle apparaît comme une condition de procédure indispensable à la mise en jeu du pouvoir de substitution¹⁰⁹, il aurait été indiqué au regard de son caractère obligatoire, de l'enserrer dans un délai bien précis et ce dans toutes les hypothèses de substitution.

À partir du constat de cette absence d'enfermement de la mise en demeure dans des délais précis, l'on pourrait même concevoir que l'autorité de tutelle puisse poser un acte que l'autorité décentralisée

105 Article 171 du Code général des collectivités territoriales *op. cit.*

106 Article 428 alinéa 1 *ibid.*

107 Guincharde (S.) et Debarde (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 650

108 Mballa Owona (R.), *La notion d'acte administratif unilatéral au Cameroun*, Thèse de Doctorat Ph.D. en droit Public, Université de Yaoundé II, Année académique 2009-2010, p. 526.

109 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », *op. cit.*, p. 778

n'aurait pas pu poser en temps normal du fait notamment qu'elle peut très bien et à sa guise lui imposer un délai très bref pour réagir. C'est en cela que réside tout le danger. La doctrine affirme à juste titre que le pouvoir discrétionnaire de substitution « aboutit à attribuer le pouvoir de poser des décisions à l'autorité centrale seule. Et, si un tel pouvoir est attribué à l'autorité centrale, il y a substitution de la centralisation à la décentralisation qui aurait dû s'appliquer. Elle y est substituée du fait que l'autorité locale n'a posé aucune décision, c'est-à-dire n'a pas exercé comme elle l'aurait pu, son pouvoir de décision, et qu'il plait à l'autorité centrale de poser en toute liberté. Le pouvoir de l'autorité centrale est alors identique en son fond au pouvoir discrétionnaire de réformation »¹¹⁰.

Trois éléments très importants se dégagent de cette affirmation. Premièrement, la discrétionnalité du pouvoir de substitution entraîne une substitution de la centralisation à la décentralisation. Deuxièmement, elle favorise subrepticement l'exercice d'autres compétences encore plus inhibitrices de la décentralisation comme celle de la réformation. Celle-ci traduit par essence l'existence d'un lien de subordination hiérarchique. Troisièmement, elle modifie la nature du lien existant entre les autorités centrales et les autorités décentralisées, qui cesse d'être simplement un contrôle

110 Keudjeu De Keudjeu (J. R.), *Recherche sur l'autonomie des collectivités territoriales au Cameroun*, op. cit., p. 425. Pour Charles Eisenmann, « il n'y a vraiment décentralisation administrative sur le plan du règlement fonctionnel que si l'autorité centrale ou bien n'a aucun pouvoir de décision à l'égard des actes des autorités locales, ou bien n'a que des facultés ou de contrôle de leur "légalité" et de sanction de leur "illégalité", par empêchement et annulation ou d'édiction d'une décision déterminée impérativement, prescrite par la loi au lieu et place de l'autorité locale "défaillante". Au cas où elle a des pouvoirs discrétionnaires de permettre ou d'empêcher ou de faire ou ne pas faire en substitution, il n'y a plus décentralisation, mais soit centralisation – parce que forme ou modalité du pouvoir hiérarchique – dans le cas de la substitution d'action, soit un troisième système qui est (...) la semi-décentralisation ». Eisenmann (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 1982, pp. 272-273, cité par Keudjeu De Keudjeu (J. R.), *ibid.*, pp. 425-426.

de tutelle pour devenir un lien de subordination hiérarchique. La doctrine précise d'ailleurs dans ce sens que « *le pouvoir de substitution (...) a le caractère de pouvoir hiérarchique quand il est discrétionnaire et le caractère d'un pouvoir de contrôle lorsqu'il s'agit d'une compétence liée* »¹¹¹. En clair, la discrétionnalité du pouvoir de substitution, serait à l'origine de son caractère parfois gênant, dès lors qu'il atteste d'une réelle immixtion de l'autorité de tutelle dans la gestion des collectivités territoriales décentralisées¹¹². L'on relève donc que s'il est utile pour la garantie de l'intérêt général, le pourvoir de substitution certes conçu à titre exceptionnel, est aussi et paradoxalement une menace à la décentralisation¹¹³ surtout que le législateur exonère la responsabilité des autorités de tutelle lorsqu'elles font recours à cette prérogative de puissance publique.

B- L'irresponsabilité du substituant

Aux termes de l'article 15 du Code général des collectivités territoriales décentralisées du 24 décembre 2019, « la responsabilité de la région ou de la commune est dérogée lorsque le représentant de l'État s'est substitué au chef de l'exécutif communal ou régional dans les conditions fixées par la loi ». De cette disposition il se dégage que les mesures prises par l'autorité de tutelle dans l'exercice du pouvoir de substitution sont, par le biais de la fiction juridique, réputées être prises au nom de la collectivité territoriale décentralisée. D'après le *Lexique des*

111 Thalineau (J.), *Essai sur la centralisation et la décentralisation, réflexions à partir de la théorie de Ch. Eisenmann*, Thèse pour le Doctorat d'État, Université François Rabelais – Tours, 21 février 1994, p. 156.

112 Bipele Kemfouedio (J.), « La tutelle administrative dans le nouveau droit camerounais de la décentralisation », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, t. 9, Université de Dschang, Edition spéciale *Droit de la décentralisation au Cameroun*, Décembre 2005, p. 103.

113 Nlep (R.-G.), *L'administration publique camerounaise ...*, *op. cit.*, p. 104.

termes juridiques, la fiction renvoie à un « procédé de technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité »¹¹⁴. En d'autres termes, « elle permet de déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits »¹¹⁵. Plus exactement, le fait d'attribuer la responsabilité des actes à l'institution décentralisée, engendre deux conséquences du point de vue contentieux. Premièrement, c'est à elle que sera imputée la réparation du préjudice causé par le ou les actes de substitution de l'autorité de tutelle. Secondement, c'est effectivement elle qui procédera à la réparation dudit préjudice.

S'agissant de l'imputation de la responsabilité, il faut dire que la collectivité territoriale à l'égard de laquelle le pouvoir de substitution a été mis en exergue est débitrice de la réparation du préjudice qui pourra éventuellement être causé à un administré. Claude-Henri Vignes affirme que « le substituant ne pourrait après avoir régulièrement pris une mesure de substitution, tirer lui-même les conséquences financières que (ladite mesure) peut entraîner pour le substitué »¹¹⁶. Ce qui veut dire par voie de conséquence que la détermination du montant financier relatif à la réparation du préjudice ressortit de la compétence du juge. En France par exemple, l'arrêt majeur qui le consacre c'est celui du 24 juin 1949, *Commune de Saint-Servan*. Le Conseil d'État français a retenu dans cette affaire que lorsque le préfet exerce le pouvoir de substitution, il « agit non pas comme représentant de l'État, mais comme représentant de la commune ou de l'établissement public intéressé ; par suite, si les décisions prises par le préfet dans ces conditions causent des dommages ouvrant droit à

114 Guinchard (S.) et Debard (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 461.

115 *Ibid.*, pp. 461-462.

116 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », op. cit., p. 785.

réparation, la réparation en incombe aux personnes morales à l'égard desquelles s'exerce le pouvoir de substitution »¹¹⁷.

Eu égard à ce qui précède, il ressort que le pouvoir de substitution est un pouvoir remarquable et original. D'un point de vue factuel, c'est l'autorité de tutelle qui agit, mais d'un point de vue juridique, c'est à la collectivité territoriale que revient la responsabilité de cette action. En effet, étant donné que la fiction est définie comme une construction qui va à l'encontre des faits et qui en plus est sans corrélation avec le « sein », (c'est-à-dire ce qui est) mais avec le « sollen » (ce qui doit être), elle permet de résoudre des problèmes d'ordre théorique, lorsque la simple vue de l'esprit est insuffisante¹¹⁸. Si d'ordinaire la tutelle s'exerce au moyen d'un acte distinct de celui de l'autorité contrôlée, le pouvoir de substitution implique par définition même la fusion en un seul et même acte de l'exercice de la compétence du substitué et celle de l'autorité de contrôle¹¹⁹. En d'autres termes, « l'acte pris par substitution est l'expression de la compétence du substitué (la mesure est prise en son nom, dans un domaine qui lui est propre), mais en même temps il est un acte de tutelle (puisque son véritable auteur est l'autorité de contrôle) »¹²⁰.

117 C.E. 24 juin 1949, *Commune de Saint-Servan*, in LONG (M.), Weil (P.), Braibant (G.), P. Delvolvé et Genevois (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 1996, p. 372.

118 Hans Kelsen se sert de la fiction juridique pour justifier le bien-fondé de sa norme fondamentale. En réalité cette norme fondamentale n'existe pas, elle est supposée. Mais grâce à la fiction il faut respecter la Constitution comme si la norme fondamentale en question existait. Prenant appui sur les écrits de Vaihinger, il affirme qu'« une fiction est un expédient conceptuel dont on se sert si l'on ne peut atteindre le but de la pensée avec les données dont on dispose ». Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 344. Lire aussi sur la question, Rahman (S.) et Sievers (J. M.), *Normes et Fiction*, 2011, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01219626>, 219 p.

119 Vignes (C.-H.), « Le pouvoir de substitution », *op. cit.*, p. 760.

120 *Ibid.*

En ce qui concerne la réparation des préjudices éventuels proprement dite, il faut noter que ce sont les ressources financières de la collectivité décentralisée substituée qui serviront à dédommager les victimes le cas échéant. C'est donc dire que ces dernières peuvent se retrouver fragilisées dans leur patrimoine du fait de la réparation des actes de la substitution. En plus, de cet état de chose, il ne faudrait pas omettre que si la collectivité ne s'exécute pas, une nouvelle procédure de substitution pourrait être enclenchée pour la forcer à s'exécuter. C'est l'hypothèse d'exécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée. Eu égard à ce qui précède, la substitution atteste véritablement qu'elle est une manifestation de la puissance publique et partant, qu'elle réalise la domination parfaite de l'État central sur les collectivités territoriales décentralisées.

CONCLUSION

La décentralisation territoriale camerounaise constitue l'axe fondamental de promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local. Néanmoins, elle ne traduit pas l'octroi d'une liberté totale aux collectivités territoriales décentralisées. Elle s'effectue parcimonieusement par le biais de la tutelle. Cette dernière apparaît comme l'élément indispensable à l'État pour veiller au respect de sa volonté au niveau périphérique. Il n'y a qu'un seul État et donc toute velléité contraire à l'unité ou à la cohésion est prohibée. De tous les procédés que comporte le contrôle de tutelle, le pouvoir de substitution qui a retenu l'attention de cette étude, s'avère particulier. L'analyse de sa justification permet de faire un constat. La nécessité justifie sa mise en exergue en tant qu'il est par nature et par définition un palliatif de la défaillance de l'institution décentralisée s'agissant

de l'exercice de ses compétences liées. À cet égard, son institution s'avère en quelque sorte indispensable.

À l'étude du droit positif, il appert que la transcendance des intérêts supérieurs et l'immanence de la puissance de l'État sous-tendent ce pouvoir. Malgré que son exercice commande que les autorités de tutelle ne doivent agir qu'en application d'une loi, c'est-à-dire d'une règle générale et abstraite¹²¹, il faut dire qu'il est dans une certaine mesure l'aspect le plus significatif de l'infériorisation et de la fragilisation de l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées¹²² car comme le dit René Chapus, « c'est un pouvoir remarquable en ce qu'il permet de s'ingérer de façon particulièrement marquée dans les affaires de l'institution décentralisée et en même temps de faire beaucoup plus que ce qui est permis au pouvoir hiérarchique »¹²³. *In fine*, il est demeuré aussi flamboyant que par le passé dans le paysage administratif au Cameroun¹²⁴. C'est ce qui amène à penser que la centralisation de l'État camerounais demeure encore permanente au détriment de la décentralisation pourtant appelée à impulser un véritable développement local.

121 Troper (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, n° 15, 1992, p. 58.

122 Le professeur Joseph Kankeu affirme que « le Cameroun n'est pas encore un modèle de référence, en Afrique, lorsqu'il s'agit d'ouvrir une discussion tout à la fois politique et technique sur la question de la décentralisation territoriale ». Kankeu (J.), « L'autonomie des collectivités territoriales décentralisées : quelle autonomie ? », *Juridis Périodique*, n° 85, Janvier - Février - Mars 2011, p. 90.

123 Chapus (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 390.

124 Manga Zambo (E.), « La décentralisation dans le paysage administratif au Cameroun », in Ondo (M.) (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, op. cit., pp. 115-144.

TRIBUNE LIBRE

« L'accès des acteurs de la société civile et des individus à la Commission et à la Cour africaine des droits de l'homme »

Par Dr. Christian Joël AKONO
Docteur en droit
Chargé de cours Université de Douala

INTRODUCTION

Le mouvement d'accès au juge a vu le jour dans le contexte de l'Etat providence. En effet, la protection juridique effective dépend de l'accès à la justice. Les règles de droit n'ont de la valeur que par leur concrétisation. C'est à ce titre qu'Henry Motulsky affirme que la concrétisation du droit objectif en général est en jeu et non pas seulement les droits subjectifs fondamentaux¹. C'est la raison pour laquelle le droit d'accès à la justice a pu obtenir le statut de droit fondamental.

L'accès à la justice est un principe fondamental de l'état de droit. C'est du moins ce qui ressort de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 67/458 relative aux principes et lignes directrices des Nations Unies sur l'accès à l'assistance en justice dans le système de justice pénale². La notion d'accès à la justice occupe et préoccupe les milieux juridiques depuis un peu plus de 30 ans et a acquis une place importante dans les

1 Motulsky (H), « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif*, Sirey, coll. Archives de philosophie de droit, 1964, p. p. 2015 et s.

2 Res. A167/458 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies par la troisième commission à la 60^{ème} plénière du 20 décembre 2012, New York, Nations Unies 2013.

discours des juristes³. Le droit d'accès à la justice est à ce titre un instrument de protection. Il sert alors de bouclier aux autres droits de l'homme dont il assure selon l'expression de Thierry Renoux la fonction de fer de lance des droits de l'homme à la fois sur le plan défensif et offensif⁴. Il faut cependant reconnaître que sa dimension juridique est ambiguë⁵. Il faut dès lors la distinguer de la saisine d'une juridiction.

La saisine d'une juridiction est l'acte par lequel le plaideur l'invite à se prononcer sur une affaire. C'est la demande principale qui, saisissant la Cour introduit l'instance : on parle ainsi de demande par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions⁶. Les tribunaux sont ouverts aux plaideurs sous deux conditions : celle de compétence et celle de recevabilité⁷. Les règles de compétence relèvent de la question de savoir si une Cour au regard de la nature et de l'objet de la contestation portée devant elle, a le pouvoir de l'en connaître. Les règles de recevabilité au contraire servent à vérifier si les conditions auxquelles est subordonné l'exercice du pouvoir se trouvent réunies dans une espèce donnée⁸. Celles-ci se distinguent en conditions matérielles qui sont du côté de l'action en justice et en conditions formelles qui sont du côté de l'instance⁹. Parmi les conditions matérielles, il y en a deux qui sont considérées par les processualistes comme essentielles : c'est la qualité et l'intérêt

3 Santoriness (A.M), « L'accès à la justice en matière de droit de la personne : le difficile accès au tribunal des droits de la personne », RDUS, n° 12.

4 Renoux, (Th), « Le droit au recours juridictionnel », JCP, 1993, I, 3675.

5 Lie avec intérêt Coppelletti (V.M), (dir), Access to justice, Milan, Gouffre Editore, Alphen aan den Rejn, Sijthoff.

6 Cadiet (L), *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, p. 422 et s.

7 Voir Van Dijk (P), *Judicial Review of Government Action and the Requirement and Interest to Sue*, La Haye, 1980, p. 12.

8 Cf. Concessions Mavromatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, série A, n° 2, p. 11.

9 Voir Abi-Saab (G), *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de justice*, Paris, 1967, p. 93 et s.

pouvant ainsi justifier l'action du plaideur. Celles-ci constituent de ce fait une règle de procédure.

Ainsi, au moment où la communauté internationale engage un combat sans précédent dans la lutte contre l'impunité et l'instauration de l'Etat de droit dans de nombreux Etats du monde, les acteurs de la société civile¹⁰ doivent jouer un rôle important dans cette entreprise. C'est dans ce sens que la déclaration sur le droit de la responsabilité des individus, des groupes et organes de la société de protéger et de promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus plus connu sous le nom de « Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme », a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 09 décembre 1998 et entrée en vigueur le 25 janvier 2004¹¹. Celle-ci consacre pleinement le rôle des individus et des Organisations non gouvernementales¹² (ONG) actives dans le domaine des droits de l'homme¹³. En conformité à cette logique, les Etats parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples fermement convaincus que la réalisation des objectifs de ladite Charte nécessite la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pour compléter et renforcer la mission

10 Sur les oppositions définitionnelles et axiologiques, lire Séverin Cécile Abéga, *Le retour de la société civile en Afrique*, Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2007, pp.11 et s. ; Au sujet de la relativisation du monopole du pouvoir dans l'Etat, lire Atangana E J-L, *La révision des Constitutions en Droit camerounais*, Th. Doctorat en droit public, Université de Douala, FSJP, 2012, pp.148 et s.

11 Voir Déclaration sur les défenseurs (revoir défenseurs ?) des droits de l'homme, in Décaux (E), *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, Dc. fr., 2008.

12 Lire avec intérêt Onana Janvier, « Contre l'Etat, l'ONG ou la figure vertueuse de la société civile ? Sur le désenclavement de l'Etat en Afrique sub-saharienne », RCD/SP, Dianioia, 2007.

13 Il faut dire que les ONG sont des associations privées à but non lucratif, constituées de manière durable, spontanée et libre, par des personnes privées ou publiques, physique ou morale de différentes nationalités qui expriment une solidarité transnationale et poursuivent un objectif d'intérêt international, conformément au droit interne. Voir Salomon (J) (dir), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 793 ; Diez de Valesco (J) Vallejo (M), *Les Organisations internationales*, Paris, Economica, 2001, p. 12 et s.

de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁴ ont fait une ouverture en matière de sa saisine en intégrant les individus et les ONG à travers l'article 5 (3)¹⁵. La création de la Cour africaine constitue à cet effet, indubitablement un apport important au droit international des droits de l'homme.

En effet, la question de l'accès des ONG et des individus aux juridictions internationales se situe au cœur des débats actuels de la société internationale¹⁶. Dans cette optique, l'Etat doit désormais partager dans tous les domaines, sa souveraineté avec d'autres acteurs opérant à une échelle supra ou transnationale que sont : les institutions planétaires, les sociétés transnationales et les ONG notamment¹⁷. Cette ouverture était déjà faite par la Charte elle-même à travers ses articles 55 et 56 qui autorisent à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples d'admettre des communications autres que celles des Etats¹⁸. Même si le texte de l'article 55 n'est pas très précis dans ce sens, la Commission elle-même dans son interprétation de cet article et dans la pratique considère que ces autres communications sont celles des ONG et des individus.

14 Voir protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples dernier §. L'article 2 quant à lui dispose clairement que : « La Cour tenant dûment compte des dispositions du présent protocole, complète les fonctions de protection que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après dénommée : la Charte) a conférées à la commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Commission).

15 Ibid. article 5(3). Aux termes de celui-ci, « La Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux Organisations non gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès de la commission d'introduire directement des requêtes devant elle, conformément à l'article 34 (6) de ce protocole ».

16 Voir Dupuy (P. M.), « L'unicité de l'ordre juridique international », RCADI, 2002, vol. 297, p. 421 ; Morand (Ch. Al) (dir), *Le droit saisi par la mondialisation*, coll. Le droit international, Bruylant, Bruxelles, 2001, Fondorosi (Fr.), « La situation des droits de l'homme à l'époque de la mondialisation », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.p. 141-148.

17 OST (Fr.), « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore à l'état de nature », in Morand (Ch. Al.), op.cit., p. 5 et s.

18 Lire la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, articles 55 et 56.

Ainsi, aux termes des dispositions pertinentes de la Charte africaine et de son protocole, les individus et les ONG peuvent de ce fait saisir l'une de des institutions que sont la Commission ou la Cour. Cependant une partie de la doctrine reconnaissait déjà à juste titre que les personnes privées sont les parents pauvres du système africain de protection des droits de l'homme au regard de la rigidité du protocole relatif à la CADHP¹⁹. En effet, contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui a une compétence contentieuse obligatoire depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11 de la CEDH, la Cour africaine reste calquée à l'image de la CIJ qui fait d'elle un organe à compétence contentieuse facultative. Aux termes des articles 33²⁰ et 34²¹ de la CEDH, dès lors qu'un Etat accepte devenir partie à la CEDH, il est obligatoirement soumis au contrôle contentieux de la Cour européenne, sans qu'il soit besoin d'en faire une expression supplémentaire de son consentement à être lié. L'ouverture de

19 Pour une meilleure compréhension de cette position, lire Niyungeko (G), « La problématique de l'accès des particuliers à la cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière contentieuse », in Leysen (R), Alen (A) et Joosten (V) (dir.), *Liberæ Cogitationes : Liber Amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intertentia, 2013, 481 p.

20 L'article 33 de la Charte européenne des droits de l'homme se lit comme suite ; « Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputable à une autre Haute Partie contractante ». Voir Traité de Maastricht du 7 février 1992 entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

21 Aux termes de L'article 34 de ladite Charte, « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernemental ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une autre Haute partie contractantes des droits reconnus dans la Convention de ses protocoles. Les Hautes parties s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». Traité de Maastricht, op.cit.

la saisine aux individus et ONG faite par l'article 5²² se trouve annihilée à la lecture combinée des articles 5 et 34 du même protocole ainsi que le premier arrêt rendu par la Cour en 2009. Dans l'affaire Yogogombaye, contre Sénégal, le représentant du Sénégal soutient que le requérant « est mal venu à s'immiscer dans cette affaire qui intéresse au titre des obligations découlant de la convention contre la torture, exclusivement le Sénégal, Hissein Habré et les victimes » et qu'il ne peut en conséquence justifier d'un intérêt pour agir contre la République du Sénégal²³. C'est cette solution qui est retenue par la Cour lorsqu'on lit son paragraphe 33. Elle décide que : « Pour qu'elle puisse connaître d'une requête contre un Etat partie émanant directement d'un individu, il faut qu'il y ait conformité avec entre autres l'article 5(3) et l'article 34 (6) du protocole²⁴. Position confirmée d'ailleurs dans plusieurs affaires²⁵.

Pour Charles de Visscher, « devant la juridiction internationale, la qualité pour agir est le pouvoir en vertu duquel un Etat est admis à figurer à l'instance »²⁶. C'est le *jus standi in iudicio*, ce que les

22 L'article 5 (1) du Protocole de 1998 à la Charte africaine se lit comme suite : « Ont qualité pour saisir la Cour (a) la Commission, (b) l'Etat partie qui saisit la Commission, (c) l'Etat partie contre lequel une plainte a été introduite, (d) l'Etat partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme, (e) les organisations intergouvernementales africaines ». L'alinéa 2 de ce texte dispose que : « Lorsqu'un Etat partie estime avoir un intérêt dans une affaire, il peut adresser à la Cour une requête aux fins d'intervention. L'alinéa 3 ajoute que : « La Cour permet aux individus ainsi qu'aux organisations non gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle, conformément à l'article 34 (6) de ce protocole. Voir Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 6 juin 1998.

23 Affaire Michelot Yogogombaye c » Sénégal (compétence) (2009) 1 RJCA 1, arrêt du 15 décembre 2009.

24 Ibid, para 31.

25 Voir affaire Soufiane Abadou c. Algérie (compétence) (2011) 1 RJCA 25, Décision du 16 juin 2011 ; affaire Daniel Amare et Mulugeta Amare c. Mauzambique et Mauzambique Airlines (compétence) 1 RJCA 27, Déclaration du 16 juin 2011.

26 De Visscher (Ch), *Aspects récent du droit procédural de la Cour internationale de justice*, Paris, 1966, p. 75.

processualistes italiens appellent exactement « la *legittimazione procesuale* ». L'intérêt pour agir quant à lui est le gain escompté par le plaideur pour que l'on puisse estimer que dans une instance déterminée, il peut exercer son pouvoir d'action²⁷. La distinction entre qualité et intérêt ne semble cependant pas aisée. C'est ainsi qu'Henri Solus et Roger Perrault identifient « la qualité et l'intérêt direct et personnel pour en déduire que la qualité n'est qu'un des aspects de la condition d'intérêt »²⁸. Georges Abi-Saab va même jusqu'à nous mettre en garde car écrit-il « une élaboration trop précise de la condition d'intérêt qui ne s'accompagne pas d'une élaboration parallèle de la condition de qualité là où elle joue un rôle autonome c'est-à-dire là où elle se substitue à l'intérêt direct et personnel-ne représente qu'une vue partielle de la fonction judiciaire »²⁹. La qualité et l'intérêt sont donc deux conditions intimement liées dont l'étude ne pourrait pas se faire distinctement.

Notre travail consiste à faire une analyse des dispositions pertinentes de la Charte et de son protocole relatif à la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples consacrant la saisine de la Commission et la Cour par les ONG et les individus. Il se pose donc la question de savoir comment s'apprécie la qualité et l'intérêt pour agir comme fondement du droit d'accès des ONG et des individus devant les instances africaines de protection des droits de l'homme ? En d'autres termes, au regard des instruments juridiques pertinents et de la jurisprudence du système africain de protection des droits de l'homme, comment s'apprécie le droit d'accès des acteurs de la société civile et des individus ?

27 Voir Mbaye (K.), « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice », *The Haye Academy of International Law*, 1998, P ; 237.

28 Solus (H.) et Perrault (R.), *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, 1961, p. 244.

29 Abi-Saab (G.), *op.cit.*, p. 145.

Il convient alors de constater que la faculté offerte aux ONG et aux individus ici constitue certes un pas décisif dans le processus de protection des droits de l'homme et des peuples en Afrique (I). Cependant, ce constat ne devrait pas être l'arbre qui cache la forêt car en effet, beaucoup reste encore à faire afin de libérer les acteurs de la société civile de la dépendance étatique et d'autres maux qui minent le domaine de protection des droits de l'homme et des peuples en Afrique. C'est à ce prix que le système africain de protection des droits de l'homme et des peuples pourrait atteindre les précieux objectifs fixés par l'Union Africaine (II).

I- UNE CONSTRUCTION SITUEE

Le droit d'accès à la justice est une norme impérative du droit international, une norme de *jus cogens*. Ainsi, tout le monde a droit non seulement à accéder facilement à la justice mais aussi, avoir droit à un procès équitable. Ces deux conditions d'une bonne justice sont rendues possibles dans le système régional africain de protection des droits de l'homme et des peuples à travers l'ouverture par l'admission des recours individuels (A) mais également par les facilités accordées à ceux-ci (B).

A- Une consécration affirmée

La Charte africaine ainsi que son protocole relatif à la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ont consacré l'accès des ONG et des individus à la Commission et à la Cour. Concernant la Cour, le protocole prévoit d'une part une compétence obligatoire et d'autre part une compétence facultative³⁰. Les ONG et les individus peuvent alors dans le

³⁰ Dans le cadre de ce travail, seule la compétence facultative nous intéresse car, c'est elle qui concerne les requêtes émanant des individus et des ONG. La compétence obligatoire quant à elle concerne les requêtes émanant de la Commission, les Etats et des Organisation intergouvernementales. Voir protocole op.cit., art 5.

contexte africain saisir la Commission ou la Cour soit directement (1), soit indirectement (2) pour assurer la protection des droits de l'homme et des peuples. Ceci montre clairement que les ONG et les individus ont qualité et intérêt pour agir.

1- Concernant la saisine directe

Les ONG peuvent saisir directement soit la Commission, soit la Cour à travers ce qui est convenu d'appeler *l'actio popularis*.

Concernant la saisine directe de la Cour, c'est la lecture combinée des articles 5(3) et 34 (6) qui montre clairement que les ONG et les individus ont qualité et intérêt pour agir devant celle-ci. A la différence des autres Cours régionales, la faculté donnée aux individus et aux ONG de saisir la Cour n'est pas limitée à un intérêt à agir particulier comme celui d'être une victime directe de la violation des droits de l'homme³¹. La qualité offerte aux ONG ayant la qualité d'observateur à la Commission africaine de pouvoir accéder à la Cour pour contester les violations des droits de l'homme commise par l'Etat partie au protocole ayant fait une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes quelques soient leur nature constitue ici une sorte *d'actio popularis*. Cet *actio popularis* est une arme importante pour le continent africain où les citoyens ne sont pas toujours informés

31 Devant la Cour européenne par exemple, la représentation des requérants est subordonnée à la signature d'un pourvoi écrit conformément à l'article 45 (3) du règlement de la Cour. C'est dans ce sens que cette Cour dans sa décision du 20 janvier 2009 relative à l'affaire Post c. Pays-Bas précise que les représentants doivent démontrer avoir reçu des instructions précises et explicites de la part de la personne qui se prétend victime et au nom de laquelle ils entendent agir devant la Cour. A contrario, l'article 28 du règlement intérieur intérimaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'exige aucun pouvoir spécial pour que la représentation soit valide. Il suffit que la requête fournisse des indications précises sur la/les partie(s) demanderesse(s) ainsi que celle(s) contre laquelle/lesquelles elle est dirigée précise l'article 34 du même texte.

de leurs droits et devoirs. Les ONG devront à cet effet agir en leur lieu et place car, elle leur confère un intérêt à agir.

Aux termes de l'article 6 (2) du protocole³² les ONG bénéficiant du statut d'observateur auprès de la commission peuvent saisir la Cour, dès lors qu'elles peuvent se prétendre être victimes d'une violation par l'une des parties contractantes des droits reconnus dans la Charte ou ses protocoles. Par cette disposition, il appert que le système africain de protection des droits de l'homme et des peuples rend obligatoire le droit de recours individuel. Cette consécration de *l'actio popularis* est un acquis précieux pour la protection des droits de l'homme dans la région au regard du contexte socio-politique de la plupart de ces Etats membres. Il n'en pouvait être autrement car, la capacité de diffusion qui est la leur et le pouvoir qu'elles ont de représenter l'opinion publique leur permet de jouer un rôle essentiel dans l'exigence d'effectivité de respect des droits de l'homme. C'est semble-t-il ce qui a conduit les rédacteurs du protocole à leur accorder une possibilité de saisine de la Cour.

Il faut reconnaître en effet que, les acteurs de la société civile sont rarement traités comme des sujets de droit par le droit international. La Cour internationale de justice (CIJ) par exemple ne reconnaît pas ce type de recours. Le système africain de protection des droits de l'homme et des peuples a intégré ce type de recours consacrant l'accès matériel des ONG à la Cour et à la Commission. Au regard de ce qui précède, on peut logiquement parler de l'élévation des ONG au rang de sujet de droit international.

32 Protocole op.cit., art 6(2). Il se lit comme suit : «La Cour statue sur la recevabilité des requêtes en tenant compte des dispositions énoncées à l'article 56 de la Charte. La Cour peut connaître des requêtes ou les renvoyer devant la commission ».

De même, les individus personnes physiques réunissant les conditions pour ester en justice peuvent directement saisir la Cour au regard des articles 5 (3) et 34 (6) du protocole. Cette exigence n'est pas seulement formelle car, depuis l'entrée en vigueur de ce texte, plusieurs requêtes émanant des individus ont déjà été déposées à la Cour. Certaines ont été déclarées recevables, et d'autres irrecevables³³

Pour ce qui est de la saisine directe de la Commission, elle concerne les cas où l'ONG saisit la Commission pour statuer directement sur une affaire concernant un des Etats parties à la Charte³⁴. En effet, la Commission est sensée recevoir même si c'est accessoirement des communications provenant des ONG et des individus. Ici, le statut d'observateur n'est pas exigé pour les ONG. La qualité pour agir est donc reconnue à toutes les ONG sans exception par la Commission de Banjul³⁵. Aux termes de l'article 55 de la Charte, la Commission peut être saisi par les communications autres que celles des Etats parties à la présente Charte³⁶. C'est la Commission elle-même qui par une interprétation extensive de la Charte a favorisé et précisé le droit de saisine individuelle. Ce qui lui a permis de combler les lacunes de la Charte de Nairobi en précisant la teneur et la portée des

33 voir entre autre, affaire ayant droits de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo et mouvement Burkinabé des droits de L'homme et des peuples c. Burkina-Faso, requête 013/2011, Décision (sur les exceptions préliminaires), 21 juin 2013 (2013) 1 RJCA 204. Arrêt (fond), 28 mars 2014 (2014) 1 RJCA 226. Arrêt (réparation), 5 juin 2015 (2015) 1 RJCA 265 ; affaire Michelot Yogogombaye c. Sénégal op.cit. ; Youssef Ababou c. Maroc, requête 007/2011, Décision (compétence), 2 septembre 2011 (2011) 1 RJCA 31, .etc.

34 Voir Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, arts 55 et 56.

35 Olinga (A.D), « Remarques introductives sur l'interprétation de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par la Commission de Banjul » in Olinga (A.D) (dir), *La protection internationale des droits de l'homme en Afrique : Dynamique, Enjeux et Perspective trente ans après l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, éd. Clé, Yaoundé, 2002, p. 240.

36 Charte, op.cit., art 55 (1).

communications non étatiques³⁷ celles-ci seront prises en compte par la Commission sur la demande de la majorité absolue de ses membres³⁸. Pour justifier de l'intérêt pour agir, les ONG doivent simplement apporter la preuve qu'un des Etats partie à la présente Charte viole et continue de violer les dispositions de celle-ci en matière de droits de l'homme et les peuples dont la promotion et la protection constituent une préoccupation collective. L'aspect collectif se situe alors au niveau de l'intérêt commun partagé.

En effet, il s'agit ici des procès collectifs. Dans ce cas, *l'actio popularis* émane de la violation d'un droit objectif conféré à plusieurs entités et où l'une d'elles va entamer une procédure pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'intérêt commun. Dans l'affaire du sud-ouest africain, la CIJ avait conclu qu'il s'agit d'un « droit pour chaque membre de la collectivité d'intenter une action en justice pour la défense d'un intérêt public »³⁹.

De même, à l'issue de la troisième réunion de la Cour et de la Commission du 31 août 2010, les individus ainsi que les ONG peuvent devenir parties à la procédure portée devant la Cour par la Commission conformément à l'article 28 (3) du règlement intérieur final de la Cour⁴⁰. Ceci voudrait simplement dire que les individus peuvent désormais saisir la Commission au cas où l'Etat en cause n'a pas signé la déclaration prévue par l'article 34 (6) du protocole.

En règle générale du droit du contentieux international, seuls les titulaires du droit en cause dans le contentieux de la responsabilité

37 Atemengue (J. de N.), « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et ses enrichissements ultérieurs », in Olinga (A.D), *La protection internationale des droits de l'homme en Afrique*, op.cit., p. 35.

38 Ibid., al 2.

39 Cf. CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, affaire du sud-ouest africain, rec., 1966, p. 6.

40 Voir article 28 (3) du règlement intérieur final de la Cour adopté le 07 septembre 2010.

ont qualité pour agir. On dit alors que l'intérêt pour agir est spécial ou que l'intérêt juridique à l'action établit la qualité pour agir⁴¹. Le système régional africain de promotion et de protection des droits de l'homme innove en faisant valoir une sorte d'intérêt général. On peut alors conclure avec Santulli que la qualité pour agir établit l'intérêt juridique à l'action⁴². Cette saisine directe accordée aux ONG est accompagnée d'une saisine indirecte.

2- Concernant la saisine indirecte

La saisine indirecte est celle qui consiste pour les ONG à saisir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en passant par la Commission. En l'espèce, l'ONG ou l'individu saisit d'abord la Commission pas pour que celle-ci tranche le litige en cause mais, qu'elle intercède auprès de la Cour puisqu'elle dispose de la compétence obligatoire⁴³. Cette possibilité offerte par le protocole aux ONG ayant le statut d'observateur et aux individus auprès de la Commission de saisir indirectement la Cour constitue pour ces derniers une possibilité leur permettant de contourner le verrou étatique des articles 5 (3) et 34 (6) du protocole. Par celle-ci, il est permis aux ONG et aux individus de présenter des communications devant la Commission africaine sans qu'un Etat partie puisse s'y opposer. On peut affirmer à juste titre que le protocole relatif à la CADHP adoptée en 1998 venait combler une lacune en créant une instance juridictionnelle de protection des droits des individus. Avec sa création, les ONG et les individus peuvent présenter des communications devant la Commission africaine qui elle peut prendre la décision à la majorité de ses membres de porter l'affaire devant la Cour avant même l'examen

41 Santulli (C), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 216.

42 Ibid.

43 Cf. protocole op.cit., art 5 (a).

de la recevabilité de la communication si la situation portée à sa connaissance présente des violations graves et massives des droits de l'homme commises par un Etat partie au protocole de la Cour⁴⁴. Dans ce cas, ces ONG et les individus peuvent devenir des parties à la procédure portée par la Commission devant la Cour comme il a été décidé à la troisième réunion de la Cour et de la Commission du 31 août 2010 et comme vient de le confirmer l'article 29 (3) du nouveau règlement intérieur final de la Cour adopté le 07 septembre 2010⁴⁵.

Cette possibilité n'est pas restée purement textuelle. La Cour africaine a été saisie par la Commission africaine suite aux communications à lui transmises par les ONG dans l'espèce Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c/ Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste⁴⁶. Aux termes de l'article 119 (4) du règlement intérieur intérimaire de la Commission, celle-ci peut saisir la Cour d'une situation portée à sa connaissance qui, à son avis, est constitutive de violations graves et massives des droits de l'homme, si ladite situation concerne un Etat ayant ratifié le protocole de la Cour⁴⁷. Pareilles situations peuvent être portées à la connaissance de la Commission même par des ONG n'ayant pas le statut d'observateurs auprès de la Commission. Ainsi, sans être saisi par une communication, la Commission africaine peut décider de transmettre à la Cour des cas de violations graves et massives des droits de l'homme dont

44 Voir guide pour comprendre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, 2010, p. 76, in www.HDH.org.

45 Voir règlement intérieur de la Cour art 29 (3) c. Il se lit comme suit : « La Cour peut également, si elle le juge nécessaire, entendre, sur la base de l'article 45 du règlement intérieur, l'individu ou l'ONG qui a saisi la Commission en vertu de l'article 55 de la Charte africaine ».

46 Voir requête n° 004/2011 affaire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c/ Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste.

47 Voir règlement intérieur intérimaire de la Commission, art 119.

elle aura eu connaissance via des informations recueillies auprès des ONG, des individus ou des instances internationales.

Cette procédure autorise l'intervention qui consiste à rendre un tiers partie au procès déjà engagé entre d'autres parties⁴⁸. Selon le dictionnaire juridique de la CIJ, c'est un moyen-un incident-qui permet à un tiers non partie au procès initial d'accéder à l'instance en cour pour défendre ses intérêts⁴⁹. Seulement, ici, il ne s'agit pas de défendre un intérêt personnel, mais un intérêt collectif. Ainsi, contrairement à ce que soutient Pierre Etienne Kenfack que : « les conditions d'intérêt exigées pour l'intervention sont calquées sur celles exigées pour l'exercice de l'action en justice principale, notamment, il faut admettre que ne peut intervenir dans une instance pendante devant la Cour que les Etats qui se prévalent d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de porter préjudice »⁵⁰ ; dans le système régional africain, il est clairement établi que l'intérêt à agir est reconnu aux ONG du simple fait qu'il y a violations graves et massives des droits de l'homme par un Etat partie à la Charte et au protocole. L'intérêt ici est indirect dans la mesure où, le gain escompté ne profitera pas directement aux ONG mais, à la communauté des individus qui soit ne maîtrise pas ses droits, soit n'a pas de moyens adéquats lui permettant d'assurer la garantie de ses droits violés.

Au regard de ce qui précède, les dispositions pertinentes de la Charte et de son protocole ainsi que de leurs textes accessoires attribuent la qualité et l'intérêt pour agir aux ONG qui constituent en n'en point douter les principaux acteurs de la société civile

48 Voir art 66 du nouveau code de procédure civile applicable au Cameroun.

49 *Dictionnaire juridique de la CIJ*, 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2000, p.p. 201-202.

50 Kenfack (P.E), « Article 5 », in Kamto (M) (dir), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1277.

agissant dans le cadre de la protection et de la promotion des droits de l'homme et des peuples. Ceci constitue une véritable avancée du système africain en la matière. L'appréciation faite par les organes de la Charte et de son protocole que sont la Commission et la Cour de ces dispositions illustre également du souci pour les Etats parties une meilleure garantie des droits de l'homme et des peuples.

B- Une application extensive du droit de saisine

La qualité et l'intérêt à agir consacrés par la Charte et le protocole y relatif portant création de la cour africaine des droits de l'homme sont appréciés de manière assez extensive par la Commission (1) et même par la Cour (2) permettant ainsi aux ONG d'assurer une protection plus large et plus étendue des droits de l'homme et des peuples.

1- L'allègement de la possession du statut de victime

Au regard de la jurisprudence de la Commission, il apparaît clairement que celle-ci ne fait pas une interprétation rigide de la qualité et l'intérêt pour agir des ONG devant elle⁵¹. Dans l'affaire *Lawyers for Human Rights* contre Royaume du Swaziland par exemple, la question du *Locus standi* de l'ONG *Lawyers for Human Rights* a été traitée de manière très intéressante par la Commission notamment en ce qui concerne l'intérêt pour agir⁵². En l'espèce, la Commission déclare effectivement que l'auteur de la communication n'est pas une prétendue victime, ni ne parle

51 Lire Ayina Ayissi (F) et Zanga (J.M), « La procédure d'examen des communications devant la Commission de Banjul » in, Olinga (A.D) (dir), *La protection internationale des droits de l'homme en Afrique. Dynamique, enjeux et perspectives trente ans après l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, op.cit., p.p. 151-189.

52 Voir, CADH, 251/2002. *Lawyers for Human Rights c. Royaume du Swaziland*, 37ème session, 27 avril- 11 mai 2005, Banjul, 18ème rapport d'activités, §. §56, 58 et 61.

au nom de prétendues victimes de violation. La question qui se pose est alors celle de savoir pourquoi la Commission a-t-elle admis la communication de l'ONG *Lawyers for Human Rights* ; qu'est qui a motivé la Commission à déclarer sa communication recevable ? Les faits de l'espèce sont les suivantes : l'ONG *Lawyers for Human Rights* tentait à obtenir de la Commission que celle-ci constate, en vertu d'une proclamation du 12 avril 1973 par laquelle le souverain swazi d'alors s'était octroyé tous les pouvoirs, abrogeant la constitution démocratique en vigueur. Le Swaziland devait être considéré comme un Etat agissant en violation de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

En effet, au regard du système de recevabilité des communications individuelles tel que prévu par les dispositions pertinentes du système⁵³ régional africain de promotion et de protection des droits de l'homme et des peuples, la recevabilité des communications individuelles devant la Commission semble articulé autour de l'idée de victime, de partie lésée concrètement dans ses droits subjectifs. L'auteur d'une communication doit alors être une victime ou concerné par la violation alléguée. Or, dans l'espèce *Lawyers for Human Rights* tel n'est pas le cas. Au contraire, la communication en question met systématiquement en avant le peuple swazi dans son ensemble. Ce qui veut dire que l'ONG *Lawyers for Human Rights* n'apporte pas la preuve matérielle

53 Pour des développements importants sur la notion de système, lire Combacau (J), « Le droit international bric-à-brac ou système ? » in, *Archives de philosophie du Droit*, 1986, t. 31, p. 85. Egalement, Kamto (M), « Introduction générale » in, Kamto (M) (dir), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op.cit., p. 2. L'auteur écrit que : « La Charte africaine constitue aujourd'hui le pilier d'un véritable système régional de protection des droits de la personne ». On peut aussi lire Atangana Amougou (J.L), « Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples » in, *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003.

qu'un droit subjectif d'un groupe de personnes bien distincte a été lésé par l'Etat du Swaziland. Il semble que la Commission s'est basée sur *l'actio popularis* pour juger de la recevabilité de la communication. Cette décision de la Commission est critiquée par une partie de la doctrine et notamment le professeur Alain Didier Olinga qui estime que le mystère reste dans cette décision de la Commission au-delà de l'idée d'*actio popularis*. Pour lui, ce mystère est dissipé probablement un peu par l'idée que la Commission se fait de son rôle pour la promotion de la démocratie en Afrique⁵⁴. Il ne demeure pas moins que cette décision de la Commission est saluée car, elle montre son audace à garantir les droits des individus.

Dans le paragraphe 45 de sa décision, la Commission a décidé que : « Dans la présente communication, les violations ont commencé en 1973 après la proclamation du Roi en l'occurrence avant l'entrée en vigueur de la Charte jusqu'à ce que l'Etat la ratifie et elle continue encore à ce jour ; la Commission est donc compétente pour traiter cette question ». ⁵⁵ Il s'agit en quelque sorte d'une situation de violation continue. C'est dans cette optique que la Commission fonde sa compétence.

L'affaire Association pour la sauvegarde de la paix au Burundi contre Tanzanie, Kenya, Ouganda, Rwanda, Zaïre et Zambie peut être appréhendée de la même manière⁵⁶. En l'espèce, l'ONG

54 Olinga (A. D.), « Remarques introductives sur l'interprétation de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par la Commission de Banjul » in, Olinga (A. D.) (dir), *La protection internationale des droits de l'homme en Afrique...* op.cit. p. 242. Lire du même auteur « Vers un contentieux objectif à Banjul : l'affaire Lawyers for Human Rights c. Royaume du Swaziland devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples » in, *Revue juridique et politique des Etats francophones*, 2007, p. p. 28-52.

55 Voir CADH, 251/2002, Lawyers for Human Rights c. Royaume du Swaziland, op.cit., § 45.

56 Voir CADH, 157/96, Association pour la sauvegarde de la paix au Burundi c. Tanzanie, Kenya, Ouganda, Rwanda, Zaïre et Zambie, 2003.

Association pour la sauvegarde de la paix au Burundi apparaît en fait comme une sorte de porte-parole du gouvernement burundais. De ce fait, sa communication devait être traitée comme une communication interétatique. Mais, la Commission décide de la traiter comme une communication individuelle et la déclare recevable sans passer par l'examen de la recevabilité auquel sont soumises toutes les communications de ce type conformément à l'article 56 de la Charte⁵⁷. Ceci est d'autant plus clair puisque la Commission elle-même le déclare dans le paragraphe 63 de sa décision relative à la question du *Locus standi* du requérant que : « Il ressort qu'à tous points de vue, les auteurs de la communication représentaient les intérêts du régime militaire du Burundi. La question posée était celle de savoir si la communication ne devrait pas être considéré comme une communication émanant d'un Etat et être examinée aux termes des articles 47 à 54 de la Charte africaine. Etant donné que la Commission a la pratique de recevoir des communications des ONG, il a été décidé de considérer la présente comme un appel à l'action [...] C'est dans ces conditions que la question a été examinée aux termes de l'article 56 »⁵⁸. Le paragraphe 66 de la décision paraît encore plus intéressant puisque la Commission déclare que : « Cependant, s'inspirant du droit international général et tenant compte de la mission de protection des droits de l'homme telle que stipulé par l'article 45 (2), elle estime que la communication mérite son attention et la déclare recevable »⁵⁹.

Cette décision comme la première illustre à suffisance la souplesse de la Commission dans la qualification de la qualité et l'intérêt pour agir des ONG devant elle. Elle place ainsi le contentieux des

57 Voir Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, op.cit., art 56.

58 Voir CADH, 157/96, op.cit., § 63.

59 Ibid, § 66.

droits de l'homme dans le cadre du contentieux objectif car en effet, elle n'insiste pas sur le fait que les ONG défendent non pas les droits des groupes d'individus nommément désignés contre une violation effective mais, la violation potentielle des droits de l'homme dans un Etat africain et le statut d'observateur de l'ONG qui à eux seuls suffisent pour que la qualité et l'intérêt pour agir leur soit admis. Les choses ne sont pas très différentes du côté de la Cour.

Pour ce qui est de l'action des individus spécifiquement, il faut reconnaître que le protocole apporte un souffle nouveau puisqu'il permet à ces derniers de pouvoir agir non seulement pour leur propre compte, mais aussi pour celui d'une autre personne sans qu'il ne présente le moindre intérêt personnel. Cette règle vaut également devant la commission⁶⁰.

2- L'interprétation extensive de l'intérêt à agir

Au paragraphe 26 de son opinion individuelle dans les affaires jointes *Tangayika Law Society and the Legal and Human Rights center* contre Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila contre Tanzanie⁶¹, le juge Ouguerouz déclare qu'« une action devant la Cour n'est en effet recevable que si son auteur justifie de son intérêt propre à l'engager. Pour faire la preuve de cet intérêt, le requérant doit en conséquence démontrer que l'action ou l'abstention de l'Etat défendeur concerne le droit dont ledit requérant est titulaire ou le droit d'un individu au nom duquel le requérant souhaite

60 Voir Communication 31/89, Maria Base c. Zaïre, 8^{ème} Rapport annuel d'activité, Recueil africain des décisions des droits humains, 2000, p. 297 et s. : communication introduite par une ressortissante danoise pour le compte de son collègue universitaire, détenu pour ses motivations politiques.

61 Voir, Arrêt de la CADHP du 14 juin 2013 sur les affaires jointes requête n° 009/2011 *Tangayika Law Society and The Legal and Human Rights Center c. Tanzanie* et requête n° 011/2011 *Revérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*.

intervenir »⁶². Pour Alain Didier Olinga, l'auteur de la requête doit démontrer en quoi il est victime de ce qu'il impute à l'Etat comme fait illicite au regard de la Charte, ou en quoi ceux au nom desquels il agit sont victimes de la violation alléguée⁶³. En l'espèce en effet, le requérant (ONG Tangayika Law Society and The Legal and Human Rights Center) qui nous intéresse dans le cadre de ce travail agit pour le compte de leurs membres afin de promouvoir une bonne administration de la justice et de la faire appliquer par le gouvernement et conseiller celui-ci, ainsi que le public sur toutes les questions juridiques et notamment sur les droits de l'homme, l'Etat de droit, la bonne gouvernance ainsi que la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples⁶⁴.

Cependant, l'identité des membres qu'évoque l'ONG ici n'est pas connue et, il n'est établi à aucun moment que l'application des dispositions constitutionnelles querellées leur a causé le moindre préjudice. La Cour après avoir examiné si le demandeur a ratifié le protocole et la déclaration prévue à l'article 34 (6) de celui-ci mais aussi, si le requérant est doté du statut d'observateur auprès de la Commission déclare directement dans son paragraphe 87 de l'arrêt la requête de l'ONG recevable et qu'elle est par conséquent compétente pour connaître de l'affaire en l'espèce⁶⁵. On se trouve donc comme devant la Commission en plein contentieux objectif. Les observations pertinentes de la Cour sont là pour le confirmer. Dans le paragraphe 110 *in fine*, la Cour affirme qu' : « une affaire comme celle en l'espèce ne peut et ne doit pas être examinée

62 Voir *ibid*, opinion du vice-président Fatsh Ouguerouz jointe à l'arrêt, § 26.

63 Lire utilement Olinga (A.D), « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples » in, *Revue des droits de l'homme*, 6/2014, p. 3.

64 Arrêt, *op.cit.*, § 1.

65 *Ibid*, § 87.

comme s'il s'agit d'une action personnelle et il serait dangereux pour la Cour de donner cette impression. S'il y a violation, elle affecte tous les tanzaniens, et si la Cour fait droit à la requête introduite par le requérant, cette décision profitera à tous les tanzaniens »⁶⁶.

Au regard de ce qui précède, il apparaît clairement que l'importance et la capacité des ONG sont véritablement prises en compte dans le système régional africain de promotion et de protection des droits de l'homme et des peuples. C'est ce qui expliquerait le fait que les instruments juridiques octroyant le droit d'accès à la Commission et à la Cour intègrent les ONG non seulement en leur dotant de la qualité et l'intérêt à agir devant ces institutions ; mais aussi, en étant moins sévère dans l'appréciation de ces données. Seulement, en l'état actuel des choses, il serait irréaliste de dire que ce système est parfait c'est-à-dire qu'il favorise un accès facile des ONG au prétoire. La réalité est que le système est certes engagé et même révolutionnaire, mais il reste encore beaucoup à faire pour une véritable émancipation des individus en Afrique face à la toute-puissance des Etats, mais aussi au souverainisme qui est le propre des Etats africains.

II- UNE CONSTRUCTION EN SITUATION

La Commission internationale des juristes affirmait en conclusion de la conférence de New Delhi que : « pour la majorité des juristes, le concept d'Etat de droit implique nettement plus que la simple application formelle d'une loi rigoureusement écrite. Il évoque bien davantage un ensemble de principes, d'institutions et de procédures totalement indépendantes de l'aspect politique et social des affaires, aussi controversé soit-il et qui constitue

⁶⁶ Ibid, § 110.

les fondements évidents de tout système judiciaire digne de ce nom »⁶⁷. Ainsi, l'évolution que l'on semble évoquer en parlant de l'ouverture du système régional africain de promotion et de protection des droits de l'homme et des peuples à travers l'octroi de la qualité et l'intérêt pour agir aux acteurs de la société civile et représentés par les ONG devant la Commission et la Cour ajouté à celle des individus eux-mêmes; ainsi que la souplesse d'appréciation des conditions d'accès dont ses organes font montre, il demeure constant que ces acquis sont viciés (A) et nécessite une véritable cure (B).

A- Une mise en œuvre dévoyée

Le recours à une procédure juridictionnelle internationale est certes toujours subordonné au consentement de toutes les parties au litige même dans le cadre d'un système de juridiction obligatoire. Cette condition peut de ce fait être assouplie et renforcée d'un système à un autre. Ainsi, dans le système régional africain, la compétence juridictionnelle de la Cour africaine des droits de l'homme en ce qui concerne les ONG est toujours subordonnée à l'acceptation préalable des Etats et la détention du statut d'observateur devant la Commission et pour ce qui est des individus de la volonté de l'Etat (1). Par ailleurs, la Commission créée en 1987 par l'OUA comme principale institution régionale chargée de la promotion et de la protection des droits humains en Afrique fait face à des problèmes d'un autre ordre (2). Ces obstacles entravent gravement la libre jouissance par les ONG et des individus de leur qualité et intérêt pour agir.

67 Voir Widner (A. J.), *Construire l'Etat de droit. Francis Nyalali et le combat pour l'indépendance et la justice en Afrique*, Paris, Nouveaux Horizons, 2003, p. 6.

1- Le poids du souverainisme étatique

La compétence juridictionnelle des ONG devant la Cour africaine est toujours facultative car soumise à la volonté préalable de l'Etat accusé de violation des droits de l'homme⁶⁸. Au regard de l'article 5 (3) du protocole, les individus et les ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine ne peuvent ester en justice si et seulement si l'Etat en cause, est partie au protocole et a fait une déclaration au titre de l'article 34 (6) dudit protocole. Deux idées forces ressortent de l'analyse de cette disposition et montrent clairement que la saisine de la Cour par les ONG et les individus est encadrée par la volonté étatique limitant du même coup le droit de saisine individuel pourtant prôné.

Primo, il faut que l'Etat défendeur soit partie au protocole. Or, jusqu'à ce jour, trente (31) Etats africains seulement sur les cinquante-cinq (55) ont ratifié le protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et uniquement dix (10) ont signé la déclaration spéciale acceptant la compétence

68 Aux termes de l'article 36 (2) du statut de la Cour internationale de justice, « les Etats parties au présent statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligation de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique [...] ». Contrairement à ce que soutiennent Laurence Boisson de Chazourne et Makane Moïse Mbengue dans leur commentaire à l'article 34 relatif à la ratification. Ces auteurs parlent plutôt de l'article 32 (6) qui lui dispose que « Le traitement du Greffier est fixé par l'Assemblée générale sur la proposition de la Cour », voir Chazourne (L.B) et Mbengue (M.M), « Article 34 ratification » in, Kamto (M), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op.cit., p 1518, note 5. Lire aussi utilement article 36(5) du même protocole qui dispose que « Les déclarations faites en applications de l'article 36 du statut de la Cour permanente de justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées, dans les rapports entre parties au présent statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes.

de la Cour⁶⁹. De plus, il est à noter que le protocole obéit à une procédure complexe ; ce qui veut dire que son opposabilité est conditionnée par une signature et une ratification. Ce dont tous les Etats signataires n'ont pas encore fait. Dans ces conditions, la qualité et l'intérêt pour agir des ONG se trouve diluée dans la non ratification du protocole par les Etats parties.

Secundo, les Etats qui ont ratifié le protocole doivent en plus signer la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour⁷⁰. Ceci constitue en n'en point douter l'une des limitations principales du système africain de protection des droits de l'homme et des peuples. En effet, au regard de la jurisprudence de la Cour, il appert que dans la plupart des affaires portées à sa connaissance, celle-ci s'est toujours déclarée incompétente au motif que l'Etat défendeur n'a jamais signer ladite déclaration⁷¹. Dans l'affaire Daniel Amaré et Mulugeta Amaré contre République du Mozambique et Mozambique Airlines, la Cour conclut au § 8 « qu'elle n'a manifestement pas compétence pour connaître de la requête »⁷² motif pris de ce que la Mozambique n'a pas déposé la

69 Il faut relever que sur les dix (10) Etats ayant signé la déclaration spéciale d'acceptation de la compétence de la Cour, le Rwanda (mars 2016), la Tanzanie (novembre 2019), le Bénin (Mars 2020) et la Côte d'Ivoire (Avril 2020) ont retiré lesdites déclarations. Le nombre d'Etats reconnaissant la compétence de la Cour pour les requêtes individuelles et des ONG est ainsi passé à six (6) en 2020.

70 L'article 34 (6), dispose qu' : « [A] tout moment à partir de la ratification du présent protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration ». Voir aussi, requête n° 008/2011, affaire Ekollo Moundi Alexandre c. République du Cameroun et République du Nigéria ; Requête n° 002/2012, affaire Delta International Investments S.A et Mr et Mme AGL de LANG c. République d'Afrique du Sud.

71 Affaire Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal, req 001/2008 ; Affaire Femi Falana c. Union africaine, requête n° 001/2011 ; Affaire Soufiane Abadou c. Algérie, Décision du 16 juin 2011 ; Affaire Daniel Amaré et Mulugeta Amaré c. Mozambique et Mozambique Airlines, Déclaration du 16 juin 2011...etc.

72 Voir requête n° 005/2011, affaire Daniel Amare et Mulugeta Amaré c. République du Mozambique et Mozambique Airlines.

déclaration prévue à l'article 34 (6) du protocole. Si l'on regarde le nombre d'Etats qui ont effectivement signé la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, celui-ci est très faible. Les Etats parties au protocole ne se pressent pas à signer cette déclaration permettant ainsi d'assurer leur impunité voire leur impunitabilité.

Il est clair que les parties au protocole de la Charte, en incluant la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour come condition *sine qua non* à la saine de la Cour par les ONG, ont une fois de plus montré leur attachement au souverainisme étatique car, cette condition illustre ni plus ni moins la tutelle étatique dans le système régional africain de protection des droits de l'homme et des peuples. Pourtant, on assiste dans tous les domaines en Afrique à une sorte de démocratisation ; une émergence de l'Etat de droit à travers la libéralisation sur tous les plans. Dans cette perspective, le rôle de la société civile est indispensable. Or, on observe une forte résistance à la fois institutionnelle et conjoncturelle de la part des Etats dans le rôle actif confié aux organismes de la société civile ainsi qu'aux individus en la matière. Ils donnent d'une main ce qu'ils reprennent de l'autre.

Au regard de ce qui précède, il est clair que c'est l'avis de l'Etat qui est indispensable car, sans son consentement, sa responsabilité ne peut jamais être engagée devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. L'accessibilité des ONG au prétoire est conditionnée par l'acceptation de l'Etat. Ceci constitue à n'en point douter des freins au libre accès des ONG à la Cour. Mais ils ne constituent pas les seuls obstacles au libre accès des ONG à la Cour. D'autres éléments peuvent également compliquer l'obtention de la qualité et l'intérêt pour agir des ONG devant

la Cour et même devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

2- L'existence d'autres pesanteurs

Il s'agit ici de la possession du statut d'observateur à la Commission et de la politisation de la Commission.

Concernant le premier élément, l'article 55 de la Charte prévoyait déjà la réception par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples des communications émanant des ONG⁷³. Cependant, la condition d'observateur n'était pas exigée ici. Dans le protocole au contraire, le statut d'observateur est devenu la condition sine qua non pour les ONG afin de pouvoir accéder à la Cour. En d'autres termes, seuls les Etats dotés du statut d'observateur ont qualité et intérêt pour agir devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. La question que l'on pourrait se poser est celle de savoir pourquoi avoir introduit une telle limitation dans le protocole alors que l'objectif fixé par les rédacteurs de la Charte est bien sûr celui d'assurer une meilleure promotion et protection des droits et libertés de l'homme et des peuples, compte tenu de l'importance primordiale traditionnellement attachée en Afrique à ces droits et libertés⁷⁴. Ce qui rend complexe la procédure de saisine des ONG à la Cour qui pourtant était vu comme un bond en avant ; comme une manière d'assurer une meilleure protection des droits des humains en Afrique.

73 Cf article 55 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Cet article dispose que : « avant chaque session, le secrétaire de la Commission dresse la liste des communications autres que celles des Etats parties à la présente Charte et les communique aux membres de la Commission qui peuvent demander à en prendre connaissance et en saisir la Commission.

74 Cf Charte op. cit., § 7 du préambule.

De même, certes c'est la Commission qui par une interprétation ouverte de la Charte a favorisé et consacré le droit de saisine individuelle. Jean de Noël Atemengue s'en félicite en concluant à ce propos qu'elle a « comblé une des lacunes de la Charte de Nairobi en précisant la teneur et la portée des communications non étatiques⁷⁵. Et dans la pratique de la Commission ce sont effectivement les communications individuelles qui alimentent aujourd'hui l'activité de protection de la commission alors que les textes de la Charte semblent avoir voulu restreindre leur examen aux cas les plus graves⁷⁶. Seulement, force est de constater que l'expérience de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a démontré la propension à la politisation excessive et à une certaine inertie des États dans le processus de dénonciation des atteintes aux droits de l'homme.

En effet, l'on peut observer une certaine politisation de la Commission en se référant par exemple à sa procédure de saisine. En l'espèce, même s'il faut certes nuancer les propos de Joseph Martial Zanga et Fabrice Ayina Ayissi qui soutiennent que « lorsque la liste des communications est transmise à la commission, celle-ci décide unanimement⁷⁷ », car le texte de l'article 55 (2) dispose clairement que « la Commission en sera saisie, sur la demande de la majorité absolue de ses membres⁷⁸. Mais il faut tout de même reconnaître que la majorité exigée ici est un frein à la recevabilité des communications émanant des ONG au regard de l'indépendance des membres de la Commission vis-à-vis de leurs États d'origine. Au regard de l'article 33 de la

75 Lire Atemengue op. cit., p 55.

76 Gherari (H), « La commission africaine des droits de l'homme et des peuples », in Tavernier (dir), *Regard sur les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Harmattan, 2008, p. 139.

77 Voir Ayina Ayissi (F) et Zanga (J.M), op.cit., p. 155.

78 Voir article 55 (2) de la Charte op.cit.

Charte, « les membres de la Commission sont élu au scrutin secret par la conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, sur une liste de personnes présentées à cet effet, par les Etats parties à la présente Charte »⁷⁹. Au regard de la procédure ainsi mise en place, il est clair que les membres de la Commission ne sont pas choisis de manière objective car, ce sont les autorités politique étatiques qui constituent l'alpha et l'oméga dans le processus électoral des membres de la Commission puisque ce sont eux qui choisissent d'abord leur potentiel candidats ; ce sont également eux qui font la campagne pour ces derniers et en définitif, ce sont encore eux qui procèdent au vote de ses derniers. Ils ne peuvent à cet effet proposer que ceux de leurs citoyens qui leurs sont dévoués. Ce qui est un impact négatif sur leur neutralité et leur indépendance dans la décision de la recevabilité des communications émanant des ONG et des individus, et partant dans l'exercice de leur fonction.

Le pouvoir étatique dans le domaine de protection des droits de l'homme et des peuples dans le système régional africain est dont fort et l'on peut alors conclure avec Laurence Boisson de Chazourne et Makane Moïse Mbengue que « l'Etat « démiurge du développement » reste le seul maître abord du cargo affrétant les droits de l'homme »⁸⁰. Si on regarde avec lucidité l'article 34 (6) du protocole, on s'aperçoit que celui-ci met en exergue le désir da la majorité des Etats parties au protocole d'aboutir en matière de protection des droits de l'homme à un contentieux réservé aux seuls Etats. Or pour une meilleure protection des droits humains, les recours individuels constituent la meilleure garantie surtout dans un continent comme l'Afrique ou le taux d'analphabétisme est assez élevé. Des nouvelles réformes s'imposent à cet effet dans

⁷⁹ Ibid, article 33.

⁸⁰ Voir Chazourne (L. B.) et Mbengue (M. M.), op cit., p. 1519.

ce domaine afin de concrétiser l'objectif fixé par le préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples tels que posé par son § 8.

B- Une mise en œuvre à rénover

La faculté accordée aux recours individuels par la saisine directe de la Cour sans aucun intermédiaire est une grande avancée pour le système régional africain de protection des droits de l'homme et des peuples vu sa jeunesse et par rapport aux systèmes européen et interaméricain qui au regard de leur ancienneté devraient être plus enraciné. Seulement, pour une meilleure implémentation de ce dispositif, quelques correctifs doivent être apportés au système existant afin de le parfaire (1). Il devra notamment se référer aux autres systèmes de protections régionales des droits de l'homme en vigueur et notamment celui européen et celui interaméricain car, la dynamique de l'expérience juridique tient au fait que le droit règle lui-même sa propre création. La pratique d'un système juridique conduit à le préciser, à le perfectionner ou à le pervertir, à le transformer, à le mettre en question, bref à imprimer les contours de son être et de son devenir »⁸¹ (2).

1- La neutralisation de la tutelle étatique

En vertu de l'article 34 du protocole 11 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales plus connu sous l'appellation de Convention européenne des droits de l'homme, la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, un groupe d'individus ou une ONG qui estiment être victime d'une violation de ces droits

⁸¹ Amselek (P.), « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *Revue du droit public et de science politique*, Paris, LGDJ, novembre-décembre 1983, p. 1472.

par les hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles⁸². Au regard de cette disposition, on voit bien que la tutelle étatique est levée ici car, les recours individuels non seulement se font directement mais aussi, les membres de la société civile ainsi que les individus sont logés à la même enseigne que les tous puissants Etats. Ceci permet aux ONG et aux individus qui nous intéressent de jouir pleinement de leur qualité à agir devant la Cour. Les Etats parties à la Charte africaine ainsi qu'à son protocole gagneraient à s'inspirer de cet exemple pour permettre aux ONG d'assurer effectivement et efficacement la protection des droits de l'homme violés allégrement par les Etats dont l'autoritarisme constitue le train quotidien pour certains d'entre eux.

Le fait que la saisine directe de la Cour par les individus et les ONG soit conditionnée à l'acceptation préalable de l'Etat en cause dans le système régional africain de protection des droits de l'homme est une limite à l'efficacité de la Cour et à la saisine individuelle. En effet, même si on peut admettre que le protocole reproduit ici ce qui était la réalité dans le système européen au moment de sa création, il faut tout de même reconnaître que le protocole a raté une occasion de se moderniser davantage en faisant du système africain de protection des droits de l'homme le corrigé des systèmes existants. Une post-modernisation s'impose à cet effet. Celle-ci devrait faire des individus et des ONG des substituts ou au mieux les remèdes à l'absence concrète d'action étatiques. L'article 34 (6) du protocole contraste avec la philosophie générale de la Charte dont le devoir d'assurer la

82 Voir protocole n° 11 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998) à la Convention européenne de la sauvegarde des Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales, Strasbourg, in Pettiti (L.E), Decaux (E) et Imbert (P.H), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, p. 1145.

promotion et la protection des droits et libertés de l'homme car, en consacrant la juridiction obligatoire de la Cour par les individus et les ONG au pouvoir discrétionnaire des Etats, elle laisse planer un doute sur l'accessibilité de la Cour par les acteurs de la société civile qui plus que quiconque peuvent assurer la garantie effective des droits de l'homme et des peuples surtout que, la violation de ces droits est l'œuvre des Etats. Seules les entités non étatiques peuvent alors venir au secours des populations analphabètes et pauvres en agissant en leurs lieux et places dans le cadre de la protection de leurs droits par la saisine directe et simplifier de la Cour.

Dans la pratique, les Etats principaux pourfendeurs des droits de l'homme et des peuples sont toujours réticents à l'existence d'une véritable juridiction obligatoire à la portée de tous⁸³. De même, ils ne sont pas prompts à saisir la Cour pour le règlement des litiges qui les opposent soit à d'autres Etats, à plus forte raison à leurs populations. Pour s'en convaincre, comment comprendre par exemple que pendant le génocide rwandais, aucun Etat n'ait saisi la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples pour la violation flagrantes et systématique des droits de l'homme dans ce pays ? De même, comment comprendre que des anciens dictateurs africains aient trouvé refuge sur le territoire d'autres Etats africains sans être inquiétés par des poursuites judiciaires ?⁸⁴ L'article 34 (6) du protocole devrait alors être revisité afin

83 Voir Mubiala (M.), « La cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *RGDIP*, 1998-3, p. 765. Selon cet auteur, « lors de l'élaboration de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, deux tendances s'étaient dégagées à propos de la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Le courant majoritaire, qui l'emportait à l'époque, militait en faveur du rejet de l'idée de la création d'une Cour. L'argument principal des partisans de cette thèse était axé sur le respect des traditions juridiques africaines, qui privilégient la conciliation sur le règlement judiciaire des litiges, tendance reflétée du reste dans le système du règlement pacifique des différends inter étatiques en Afrique... ».

84 Voir à ce sujet l'affaire d'extradition de l'ancien président tchadien Hissen Habré opposant le Sénégal et la Belgique.

de permettre aux ONG de jouir librement de leur qualité pour agir devant la cour consacrée par l'article 5(3) du protocole. A défaut de la suppression pure et simple de cette disposition, on pourrait introduire dans cet article une clause supplémentaire de compétence *ad hoc* de la Cour. Ceci maximiserait les chances des ONG à saisir la Cour à travers la possibilité pour un Etat d'exprimer un consentement *ad hoc* à la juridiction de la Cour pour une affaire bien précise. En effet, il semble que les Etats sont réticents à signer la déclaration de compétence prévu à l'article 34 (6) parce que celle-ci les oblige de manière définitive. Or, s'ils peuvent déjà opérer un choix sur les affaires dont ils peuvent accorder ou non la juridiction obligatoire de la Cour ce serait un pas considérable qui serait franchi. L'opinion publique nationale et internationale pourrait d'ailleurs jouer un rôle important à cet effet qui obligera l'Etat à accepter de manière exceptionnelle la juridiction de la Cour pour prouver ainsi sa bonne foi⁸⁵.

En outre, il est inutile de conditionner la saisine de la Cour à l'obtention du statut d'observateur. En effet, cette autre condition complexifie davantage la saisine de la Cour par les ONG. La condition pourrait être assouplie par l'octroi de la qualité pour agir à toutes les ONG reconnues officiellement. Cette hypothèse est déjà en vigueur dans le système européen de protection des droits de l'homme⁸⁶ ainsi que dans le système américain⁸⁷.

85 Cette compétence *ad hoc* existe dans la Convention américaine des droits de l'homme notamment dans son article 62 (3) qui dispose que : « La Cour est habilitée à connaître de toute espèce relative à l'interprétation et à l'application des dispositions de la présente Convention, pourvu que les Etats en cause aient reconnu ou reconnu sa compétence, soit par une déclaration spéciale... soit par une Convention spéciale ».

86 Voir article 34 du protocole 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme *op.cit.*

87 Voir article 44 de la Convention américaine des droits de l'homme. Mais, il faut noter avec regret qu'ici, les ONG ne peuvent pas saisir directement la Cour. Ils sont obligés de passer toujours par la Commission qui elle seule à qualité pour agir en dehors des Etat parties bien entendu.

Ces quelques solutions ne peuvent véritablement prendre corps qu'avec la volonté des juges qui sont en réalité les véritables créateurs du droit.

2- L'audace du juge

« Les instruments juridiques ne sont rien d'autre que ce qu'on en fait – que ce que les praticiens, les utilisateurs en font : la pratique informe – au sens propre du terme – le droit, c'est-à-dire lui donne une forme, en est une re-crédation permanente ; et n'avoir qu'une vue statique du droit tel qu'il sort pour ainsi dire des mains ou de la bouche du législateur, c'est aussi en avoir une vue très incomplète »⁸⁸. Cette phrase de Paul Amselek explique à suffisance l'apport de la pratique dans la formation du droit. En effet, face à la réticence des Etats à attirer devant la Cour les responsables des violations flagrantes des droits de l'homme et leurs « attachement viscéral » au pouvoir discrédionnaire de juridiction obligatoire de la Cour, l'espoir ne peut venir que de la « hardiesse » du juge pour permettre aux ONG et aux individus de jouir effectivement de leur qualité pour agir devant la Cour.

La question qui se pose ici est alors celle de savoir si la Cour ne fera pas l'objet d'une politisation comme l'a été la Commission ? A cette question, l'explication d'Ahmed Iyane Sow est assez intéressante. Il explique que :

« La Commission africaine n'offre aucune garantie juridictionnelle. C'est certainement ce qui a bloqué la Charte africaine, devant les atteintes massives portées aux droits de l'homme et aux libertés publiques. Le protocole n'a pas répondu à toutes les attentes. Il ne comble que partiellement les lacunes institutionnelles de la

⁸⁸ Voir Amselek (P.), op.cit., p. 1473.

Charte. L'autonomie des juges africains ne se manifeste que dans la composition de la Cour, son fonctionnement et le statut. La dépendance de la cour vis-à-vis de l'organisation donc des Etats membres entraîne ipso facto une dépendance politique. En effet, on admet généralement que celui « qui paie détient le pouvoir ». La question qu'il faut se poser est de savoir si la dépendance financière ne risque pas de compromettre les exigences d'indépendance des juges africains vis-à-vis de leurs Etats »⁸⁹.

L'auteur semble s'intéresser uniquement à la dépendance financière laissant de côté la dépendance politique qui à notre sens participe largement à l'affaiblissement de l'indépendance des juges. La clarté des textes à elle seule ne suffit pas ; il faut des juges audacieux, ceux qui peuvent parfois oser ; ceux qui sont capables de dire un jour « si le roi est nu, qu'il l'est ». Au regard des quelque décisions prise par celle-ci il semble heureusement qu'elle soit plus souple dans l'appréciation de la qualité et l'intérêt pour agir des ONG devant la Cour. Ainsi, dans sa première décision au fond concernant l'arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tangayika Law Society and de Legal and Human Rights Center* contre Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila contre Tanzanie⁹⁰, concernant la question du *locus standi* la Cour ne s'est pas spécialement intéressée à ce point et puisque le défendeur n'a pas évoqué cette question, elle a directement déclaré les requêtes recevables après avoir vérifié simplement que les ONG en question avaient le statut d'observateur auprès de la Commission et que la Tanzanie avait souscrit à la déclaration

89 Voir Sow (A. I.), « Les juges de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue Juridique et Politique, Indépendance et coopération*, 2001, n° 1, p.p. 38-40.

90 Voir arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tangayika Law Society and the Legal and Human Rights Center c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie* op.cit.

de l'article 34 (6)⁹¹. Deux idées ressortent de l'analyse de cette décision.

Tout d'abord, la Cour ne consacre pas l'intérêt pour agir comme moyen d'ordre public pouvant être soulevé par tous même d'office par le juge lui-même et à tous les niveaux de l'instance. Ce qui est à mettre à son actif comme le souligne Alain Didier Olinga⁹² même si l'auteur n'est pas d'accord avec la position puisqu'il estime que celle-ci pourrait renforcer la réticence des Etats à signer la déclaration de l'article 34 (6). Au contraire la position de la Cour semble courageuse et s'insère dans la philosophie générale de la Charte. De même qu'elle permet à la Cour d'apporter un petit coup de pouce au peuple africain à la merci de la toute-puissance étatique en assouplissant ainsi les conditions d'accès des ONG déjà embrigadées par les Etats.

Ensuite, dans cette décision la Cour ne rend pas cumulative les conditions de qualité et d'intérêt pour agir. A l'analyse, il semble que la Cour penche pour l'existence de l'un au moins des deux éléments. En l'espèce la possession de la qualité seule suffit. D'autant plus que l'article 5 (3) du protocole ne parle que de la qualité pour agir. Au lieu de faire une interprétation sévère des conditions de recevabilité des requêtes émanant des ONG, la Cour se montre plus souple en négligeant l'intérêt direct à agir dont doit jouir les requérants. Elle considère la protection des droits de l'homme comme un droit de recours potentiellement objectif, une démarche *d'actio popularis*.

91 Ibid, § 26 de l'opinion individuelle du juge Ouguerouz. Ce dernier a invité la Cour à se montrer plus vigilant sur la question de l'intérêt pour agir des requérants.

92 Voir Olinga (A. D.), « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Revue des droits de l'homme*, op.cit., pp. 3 et s.

En dernière analyse, il appert que la qualité et l'intérêt pour agir devant la Commission et la Cour sont effectivement acquis aux ONG et les individus à travers le protocole de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Seulement, ils ne peuvent en jouir que sous certaines conditions : notamment être investi du statut d'observateur devant la Commission pour ce qui est des ONG et surtout sur accord des Etats à travers la signature de la déclaration prévue à l'article 34 (6) du protocole par les Etats ratificateurs dudit protocole. Ces conditions rendent la mise en œuvre de ces droits des ONG et des individus, difficile et on ne peut compter que sur la sagesse de la Cour qui à ce jour semble tenir le bon bout en la matière. L'octroi de la qualité pour agir aux ONG et aux individus est alors une avancée considérable du système régional africain en matière de protection des droits de l'homme et des peuples. Cette avancée devrait être saluée car, à la première expérience de juridisation de la protection des droits de l'homme l'intervention des ONG et des individus est déjà prise en compte. Dans le système européen par exemple qui est le plus ancien la juridiction obligatoire des ONG devant la Cour n'a intervenu qu'avec le protocole n° 11. Au début dans les années 1950, il y avait aussi une réticence des Etats européens. De même la Convention américaine des droits de l'homme malgré le fait qu'elle consacre la qualité pour agir des ONG ne prévoit cependant pas une saisine directe de ceux-ci à la Cour⁹³. Celles-ci passent obligatoirement par la Commission qui elle seule peut saisir la Cour. Il ne faut donc pas trop s'alarmer pour ce qui est de l'Afrique même s'il faut militer pour une amélioration davantage du système existant tout en consolidant les acquis.

L'implémentation d'une approche plus ouverte intégrant les ONG et les individus et sans autres conditions particulières

93 Voir article 61 (2) de la Convention américaine des droits de l'homme.

que celles qui sont exigées aux Etats permettra à coup sûr d'assurer une meilleure protection des droits de l'homme en Afrique en particulier et dans le monde entier en général. Ce serait un grand recul pour le système africain si les ONG et les individus n'arrivaient pas à jouer pleinement un rôle actif au plan juridictionnel du contrôle du respect des droits de l'homme tels que prévus par la Charte africaine des droits de l'homme et les autres instruments internationaux dont la Charte fait référence.

Il faut alors conclure avec Robert Kolb que, « tout le droit international est en passe d'être repensé et réorganisé autour d'un nouveau pôle ordonnateur. C'est l'homme. Ce droit international nouveau est un droit humanitaire, un droit général des droits de l'homme. L'esprit général du temps ne semble pas accorder au droit international de valeur et de justification que pour autant qu'il se voue à la protection des hommes, des minorités, des ethnies, des groupes vulnérables, des libertés, de la démocratie, des droits sociaux, des causes humanitaires. Ce nouveau pôle ordonnateur noyaute toutes les branches séculaires du droit international. Il tend progressivement à constituer un complexe de normes à part qui s'oppose à l'ancien corps de règles d'un droit chichement inter étatique »⁹⁴.

On comprend dès lors pourquoi la doctrine qui s'était intéressée très tôt au *locus standi* des individus, s'est rapidement tournée vers l'analyse et la critique de la réorganisation institutionnelle attendue⁹⁵ ./.

94 Kolb (R.), « Du droit international des États et du droit international des hommes », *Revue africaine de droit international et comparé*, 2000, n° 12, p. 226 ; voir aussi sur la question Carrillo-Salcedo (A.), « Droit international et souveraineté des États », *RCADI*, vol. 257, 1996, p. 146.

95 Lire à ce propos entre autre Ouguergouz (F.), « La Cour africaine de justice et des droits de l'homme », in Yüsun (A. A.), Ouguergouz (F.) (dir), *L'Union africaine : cadre juridique et institutionnel. Manuel sur l'organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, p. p. 113-131 ; Hoeffner Werner, « L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revista Juridica*, vol » 2 n ° 43, Curitiba, 2016, p.p.825-883. Spécialement note n° 6.

« Le retrait des Etats du Statut de Rome : un impact négatif mais relatif sur la répression des crimes internationaux »

Par **Ngang Joseph Magloire**
Docteur en droit

INTRODUCTION

Toute institution nouvelle ambitionne de consacrer l'œuvre de ses premières années d'existence à prouver son utilité sociale et à bâtir les fondations d'un avenir certain. L'entrée en activité judiciaire de la Cour pénale internationale (CPI) s'est accompagnée de controverses, de dénonciations et finalement de beaucoup d'insatisfactions. Jusqu'à la récente adoption du Statut de Rome, la justice pénale internationale était en proie à d'énormes difficultés ; quelques conventions humanitaires¹, mais pas de juridiction stable pour l'incarner, aucune règle procédurale établie ni classification légale des infractions et des peines, des choses qui sont l'ordinaire de tout ordre pénal. A bien des égards le 17 juillet 1998 est une date tardive : le Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté n'a pas d'effet rétroactif, la compétence de la Cour ne s'étend en principe qu'à ses Etats membres ; mais contrairement à l'époque précédente, ce jour marque le dépassement des antagonismes au sujet de la création d'une juridiction pénale internationale, permanente, dotée d'une compétence propre et ayant un fondement conventionnel tel que le Statut l'est aujourd'hui.

1 Les premiers instruments internationaux agissant pour atténuer les calamités de guerre sont les conventions de : Genève du 22 août 1864 ; Saint – Petersburg du 11 décembre 1868 ; La Haye des 29 juillet 1899 et 18 octobre 1907. Voir Didier Rebut, *Droit pénal international*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2015, aux pp. 531 et s.

D'illustres travaux, célèbres par leurs auteurs : Alain Pellet, Robert Badinter, Didier Rebut, sont de parfaites synthèses de l'histoire de la CPI². On pardonnera à l'étude de ne pouvoir en donner qu'un aperçu : le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale a été adopté le 17 juillet 1998 au cours de la Conférence Intergouvernementale organisée à Rome du 15 juin au 17 juillet de la même année. Ce texte avait fixé lui-même à soixante le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur³ ; ce qui fut obtenu et permit l'entrée en application du traité le 1^{er} juillet 2002. Aux termes de l'article 5 du Statut, la Cour est compétente pour réprimer les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale dont, le crime de génocide ; les crimes contre l'humanité ; les crimes de guerre et le crime d'agression.

Depuis son adoption le Statut a été ratifié par 123⁴ Etats parmi les 138 qui l'ont signé⁵. En décembre 2016, quatre États dont le Burundi, l'Afrique du Sud, la Gambie et la Russie avaient annoncé

2 A propos de l'histoire complète de la Cour pénale internationale, voir William Bourdon et Emmanuelle Duverger, *La Cour pénale internationale : le statut de Rome*, Paris, Seuil, 2000 ; Anne-Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, Genève, Graduate Institute Publications, 2003, ch 1 à la p 11 et s ; Robert Badinter, « De Nuremberg a la Haye » (2004) 75 : 3 Rev IDP 699 ; Grégory Berkovicz, *La place de la Cour pénale internationale dans la société des États*, Paris, l'Harmattan, 2005 ; Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, 2^e éd révisée, Paris, Pedone, 2012 ; Didier Rebut, *supra* note 1, 1 à la p711. [Rebut].

3 *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 art 26 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002) [*Statut de Rome*].

4 Depuis la rédaction du texte, il eut des changements sur la scène internationale : le site de la CPI souligne que 123 États ont ratifié le Statut de Rome. Voir dans, Cour pénale internationale, *Les États parties au Statut de Rome*, en ligne : CPI < https://asp.iccpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statut.e.aspx>.

5 D'après les sources onusiennes 138 États sont signataires au Statut de Rome. Voir dans < https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XVIII-10&chapter=18&lang=fr&clang=_fr>.

leur retrait⁶ en plus de ceux qui, comme la Namibie, déclaraient devoir poser des conditions à leur maintien au sein de la CPI⁷. La disposition invoquée au soutien de ces décisions est l'article 127 du Statut. Elle figure à l'avant dernière position dans l'ordonnancement du texte et se résume par un court intitulé : « RETRAIT ».

Dans les faits, le Burundi est le premier pays à prendre la décision de se retirer de la CPI et à la faire voter par le Parlement⁸, puis à la notifier au Secrétaire général des Nations Unies le 28 octobre 2016. Cette décision du gouvernement burundais intervient en réaction à la décision de la CPI d'entreprendre un examen préliminaire sur des meurtres, des emprisonnements, de la torture, des violences sexuelles et des cas de disparitions forcées survenues depuis avril 2015 lorsque Nkurunziza, ancien président burundais, aujourd'hui décédé, avait annoncé qu'il se présenterait pour un troisième mandat aux élections présidentielles⁹. Le 25 octobre 2016, c'était au tour du gouvernement de l'ex-président gambien Yahya Jammeh d'annoncer le retrait de son pays de la CPI et de la notifier le 11 novembre 2016¹⁰, en accusant cette dernière de passer sous silence les crimes de guerre des pays occidentaux

6 Marie Nicolas, « Dossier : La Cour pénale internationale et le retrait des États Parties » (2017) Chaire d'excellence Gestion du Conflit et de l'après-conflit, Document de travail, pp. 107 et s [Nicolas].

7 En décembre 2016, le Président namibien Hage Geingob déclarait ne plus vouloir maintenir son pays au sein de la CPI qu'à condition que les États-Unis ratifient également le Statut de Rome. Voir, Mensah « La Namibie : le pays restera à la CPI si... », en ligne : <koaci.com/m/namibie-pays-restera-si...104364.html>.

8 Loi n°1/14 du 18 octobre 2016 portant retrait de la République du Burundi du Statut de Rome de la Cour pénale internationale adoptée à Rome le 17 juillet 1998.

9 Pamela Capizzi, « Le retrait du Burundi du Statut de la Cour pénale internationale : quelles conséquences ? » [2016] Rev DH 1 à la p 1.

10 *Déclaration de la République de Gambie sur la décision de se retirer du Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (11 novembre 2016) UN, C.N. 862. 2016. TREATIES – XVIII. 10 (Depositary notification). ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT ROME, 17 July 1998, GAMBIA WITHDRAWAL.

pour ne poursuivre que les pays africains¹¹. Au cours du même mois, l’Afrique du Sud annonçait son intention de se retirer de la CPI à la suite du refus du gouvernement de Jacob Zuma d’arrêter le président soudanais Omar Al Bashir présent sur son territoire à l’occasion du sommet de l’Union Africaine en juin 2015, pour le remettre aux autorités de la Cour en exécution de deux mandats d’arrêts émis contre ce dernier pour crime de guerre et crime contre l’humanité¹². Pour justifier leur retrait, les autorités sud-africaines évoquent plusieurs raisons. Elles soutiennent que :

« L’Afrique du Sud s’est retrouvée dans l’obligation d’arrêter le Président Al-Bashir en application du Statut de Rome et, dans le même temps, dans l’obligation, due à l’UA, d’assurer à celui-ci l’immunité en vertu de l’Accord de siège et de la Convention générale sur les privilèges et immunités de l’Organisation de l’unité africaine de 1965, ainsi que dans l’obligation que lui impose le droit international coutumier qui reconnaît l’immunité aux chefs d’État en exercice [...] Dans ces circonstances, l’Afrique du Sud estime que si elle se maintenait en tant qu’État partie au Statut de Rome elle compromettrait ses efforts de promotion de la paix et de la sécurité sur le continent africain. En outre, il importe de déterminer, de toute urgence, si la CPI est toujours guidée par les principes et les valeurs qui ont présidé à sa création et à son rôle tel qu’il avait été envisagé dans le Statut de Rome. La crédibilité et la légitimité dont la CPI a besoin pour qu’elle

11 «La Gambie veut à son tour sortir de la CPI », *Le monde [Afrique]* (26 octobre 2016), en ligne : <www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/26/le-gambie-veut-a-son-tour-sortir-de-lacpi_5020376_3212.html>.

12 Le premier mandat contre Omar Al Bashir a été émis le 4 mars 2009 et le second a été émis le 12 juillet 2010. Ces mandats comportent cinq chefs de crimes contre l’humanité, deux chefs de crimes de guerre et trois chefs de crimes de génocide. Voir *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Fiche d’information sur l’affaire (avril 2018) (Cour pénale internationale), en ligne : CIP <www.icc.cpi.int/darfur/albashir/Documents/AlBashirFra.pdf>.

devienne une institution judiciaire acceptée universellement et garante de l'universalité et de l'égalité devant la loi n'ont pas été réalisées et elles sont menacées »¹³.

Malgré le calme précaire qui règne depuis que la Cour tente d'appeler au dialogue, l'on n'est pas resté à l'abri des menaces. Lors de la session extraordinaire du Conseil Exécutif de l'Union Africaine des 11 et 12 octobre 2013 un projet dévastateur de retrait collectif des États africains avait été mis à l'ordre du jour pour dénoncer l'africanisation des poursuites de la CPI¹⁴ qui a entamé la phase judiciaire de ses activités en 2004, avec l'ouverture de deux enquêtes par le procureur de la Cour. La première enquête portait sur la commission des crimes sur le territoire de la République Démocratique du Congo (RDC)¹⁵ et la deuxième visait la situation au nord de l'Ouganda¹⁶. Un troisième renvoi a eu lieu en 2005, qui a abouti à l'ouverture d'une enquête en 2007 visant les crimes commis en République Centrafricaine (RCA) dans la guerre entre

13 *Déclaration de la République sud-africaine sur la décision de se retirer du Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (25 octobre 2016) : UN, C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10 (Notification dépositaire), STATUT DE ROME DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ROME, 17 JUILLET 1998, AFRIQUE DU SUD : RETRAIT.

14 Fridolin Martial Fokou, « Union africain Cour pénale internationale : de la collusion à la collision » [2015] : 23 *Thinking Africa* à la p 6. Voir également Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « Introduction : Union africaine *versus* Cour pénale internationale : Répondre aux objections et sortir de la crise » (2014) 45 : 1 *Études int* 5 à la p 5 et s.

15 L'enquête par la CPI contre la RDC a commencé le 21 juin 2004. Elle concerne six affaires dont : *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06; *Le Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06; *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07; *Le Procureur c Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-02/05-02/09; *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10 et *Le Procureur c Sylvestre Mudacumura*. ICC-01/04-01/12. À ce sujet voir Timothée Fomegang, « La Cour pénale internationale et le rétablissement de la paix dans des situations post-conflit en Afrique : Les cas de la Côte-d'Ivoire et de la République Démocratique du Congo » in *L'Afrique et le droit international pénal*, Actes du troisième colloque annuel, Société Africaine pour le Droit International, A. Pedone, 145 à la p 147 [Fomegang].

16 Les crimes visés en Ouganda sont : « crimes de guerre et crimes contre l'humanité qui auraient été commis en Ouganda depuis le 1er juillet 2002 (date d'entrée de l'Armée de résistance du seigneur (ARS) aux autorités nationales », voir dans Cour pénale internationale, « Ouganda : Situation en Ouganda, ICC-02/04 », en ligne : www.iccpi.int/uganda?ln=fr

le gouvernement et les forces rebelles. Un quatrième renvoi est à l'origine de l'enquête ouverte sur les crimes commis au Mali depuis janvier 2012. Dans les cas du Soudan et de la Libye, c'est le Conseil de sécurité des Nations Unies qui enjoint la Cour à statuer sur la réalité et le cas échéant l'identité des responsables des crimes commis au Darfour (Soudan) entre le 1^{er} juillet 2002 et 2005 et sur la situation en Libye dans le cadre de l'insurrection populaire de 2011¹⁷. Les enquêtes visant le Kenya et la Côte d'Ivoire ont été directement soulevées par le Procureur général de la Cour. Les enquêtes concernant le Kenya visent les violences post – électorales qui ont été commises au Kenya en 2007 et 2008. Celle visant la Côte d'Ivoire concerne les crimes commis dans le pays entre le 19 septembre 2002 et le 28 novembre 2010¹⁸. Il faut également noter la décision de la CPI d'entreprendre un examen préliminaire sur des meurtres, des emprisonnements, de la torture, des violences sexuelles et des cas de disparitions forcées survenues depuis avril 2015 au Burundi¹⁹.

Dans le même intervalle de temps la Cour a placé plusieurs situations sous surveillance, certaines hors d'Afrique - en Colombie, en Afghanistan, en Géorgie, au Honduras, Corée du Nord et aux Comores²⁰ notamment, mais la configuration actuelle des poursuites demeure largement en déséquilibre défavorable

17 «Renvoi de la situation à la CPI par le Conseil de sécurité de l'ONU : février 2011. Ouverture des enquêtes de la CPI : mars 2011. Crimes visés : crimes contre l'humanité qui auraient été commis dans le contexte de la situation en Libye depuis le 15 février 2011 », voir dans Cour pénale internationale, « Libye : Situation en Libye, ICC-01/11 », en ligne : <www.icc-cpi.int/libya?ln=fr>.

18 Voir Rebut note 1 *supra*, à la p 630.

19 Le Monde Afrique, « Burundi : ouverture d'un examen préliminaire à la CPI sur les récentes violences » (25 avril 2016), en ligne : <www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/25/cpi-laprocureure-ouvre-un-examen-preliminaire-sur-les-recentes-violences-auburundi_4908229_3212.html>.

20 Philippe Kirsch, « La Cour pénale internationale, de Rome à Kampala », AFRI XII 2011 à la p 5 e s, en ligne : <www.afric-ct.org/article/la-cour-penale-internationale-de/>.

aux Etats du continent qui comptaient parmi neuf des dix affaires portées devant la Cour jusqu'en 2016. L'ouverture de l'enquête au Gabon sur les violences post – électorales de 2016 en dit certainement plus long²¹. L'Afrique est l'un des continents sur lesquels se sont produites des atteintes les plus massives aux droits de l'homme en cette fin du 20^{ème} siècle, surtout à partir des luttes que suscite la conquête du pouvoir. Toutefois, contrairement à l'hostilité clairement affichée par des pays comme les USA, la Chine ou Israël, un grand nombre d'États du continent, soit 34 d'entre eux, ont adhéré au Statut avec l'ambition de combler un déficit de justice et de mettre l'œuvre de la Cour au service d'une paix durable²². Mais alors que le climat mondial est à la guerre - Afghanistan, Tchétchénie, Syrie...etc., les procès de la CPI n'ont concerné que les États africains, suscitant de la sorte les récriminations d'une justice sélective que d'autres pays par la suite ont repris pour soutenir leur retrait. Tel a été le cas de la Russie qui, au lendemain de la présentation du Rapport du Procureur de la CPI sur les activités menées par le pays en 2016,

21 Henriette Lambert, « Une mission d'enquête de la CPI sur les violences post-électorales attendue à Libreville ce 20 juin », en ligne : <https://www.gabonmediatime.com/une-mission-denquete-de-lacpi-sur-les-violences-post-electorales-attendue-a-libreville-ce-20-juin/> Cette mission préliminaire des experts mandatés par la CPI au Gabon, enquêtant sur les violences post-électorales d'août et septembre 2016 avait finalement rendu son rapport en juin 2017.

22 Les délégations se félicitent du Statut adopté à Rome et demandent l'entrée en fonction de la Cour dans les plus brefs délais. À ce sujet, lire les déclarations des représentants à la conférence : Organisation des Nations Unies, communiqué, AG/J/249, « Les délégations se félicitent du Statut adopté à Rome et demande l'entrée en fonction de la Cour dans les plus brefs délais » (21 octobre 1998), en ligne : www.un.org/press/fr/1998/19981021.agj249.html : « l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale, [...] aidera l'Afrique à régler ses conflits et à mettre fin à sa culture des coups d'États. La création de la Cour est un message fort à destination de ceux qui se rendent coupables des crimes les plus odieux. Désormais, ceux-là savent que la communauté internationale ne restera pas inerte. La Cour servira aussi à rappeler à ceux qui sont engagés dans un conflit que même dans ce type de situations les règles de droit doivent être respectées [...] la future Cour pénale internationale mettra fin à l'ère de l'impunité. Sans jurer de ce que la Cour supprimera toutes les formes de barbarie perpétrées de façon systématique et à grande échelle, elle administrera les sanctions qui s'imposent pour ces actes ».

décide à son tour au terme du décret présidentiel du 16 novembre 2016, de ne plus prendre part au Statut de Rome de la Cour pénale internationale²³.

L'article 127.1 du Statut prévoit que « *tout État partie peut, par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, se retirer du présent Statut* »²⁴; par cette disposition qui ne pose aucune condition au retrait, les Etats ont eux-mêmes élaboré divers motifs au soutien de leurs décisions dont certaines n'ont jamais cessé de recevoir les critiques. L'on ne saurait cependant nier le caractère libéral de l'article, ni sa formulation authentique. Par esprit de cohérence avec la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, le droit de retrait n'a pas fait l'objet d'une discussion particulière dans les travaux préparatoires. Les rapports du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale ne font guère état de débats menés à ce sujet²⁵. Mais même étant issu d'un accord tacite, l'article 127 marque la préférence des États pour la dénonciation unilatérale comparativement à d'autres cas de figure que la Convention de Vienne a prévu pour le retrait de traité : « *par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants* »²⁶.

Un tel aménagement centré sur le volontarisme est intéressant dans le sens du respect de la souveraineté des Etats, mais par

23 Marie-Clotilde Runavot, « Le retrait de la Fédération de Russie de sa signature du traité de Rome ou l'art de pervertir le droit des traités » (2016) Rev DH 1 à la p 1 [Runavot].

24 *Statut de Rome*, supra note 3, art. 127 (1).

25 Voir *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, Doc off AG NU, 51e sess, supp n° 22, Doc NU A/51/22 (1996) ; Voir également *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, Doc off AG NU, 51e sess, supp n° 22A, Doc NU A/51/22 (1996) [Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, n° 22A].

26 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 art 54 b) (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

rapport à son contexte de mise en œuvre l'article 127 prend une valeur particulière permettant d'apprécier si le Statut a doté la Cour d'une stabilité suffisante. Parmi les États ayant souhaité quitter le Statut deux seulement y sont parvenus, et cela grâce à un dialogue constructif et à l'entrée en scène salvatrice des mécanismes constitutionnels comme ce fût le cas dans le retrait sud-africain. Par ailleurs, la Cour a autorisé l'ouverture d'une enquête sur le Burundi, cette enquête devrait concerner tout fait de crime contre l'humanité survenu avant l'entrée en force du retrait burundais le 31 octobre 2017. Le Burundi a annoncé qu'il ne coopérerait pas avec la Cour. La position de cet État est particulièrement intéressante par rapport à la situation de tous les prétendants au retrait qui posaient déjà des problèmes de coopération avec la Cour, ceux relatifs au sort des victimes ou ayant trait à la responsabilité future des États ; elle rappelle également que la Cour peut exercer sa compétence nonobstant la survenance du retrait. L'analyse de toutes ces préoccupations répond d'une interrogation à savoir, comment le retrait affecte-t-il l'économie du traité ? Ou plus précisément quel impact tous ces retraits ont-ils sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour ?

L'étude adopte méthodologiquement deux des trois dimensions de l'interprétation du Statut de Rome dont parle Philippe Currat, **à la lumière de la** Convention de Vienne sur le droit des traités et en conformité aux droits de l'homme²⁷ ; c'est-à-dire sur le plan normatif et objectif. L'interprétation de type pénal ne cadre pas avec le sens du retrait, « *acte unilatéral de rétractation de la volonté de l'État* »²⁸ ; en revanche cette définition oriente vers le

27 Philippe Currat, « L'interprétation du *Statut de Rome* » (2007) 1 : 20 RQDI 137 à la p 139.

28 Maurice Kamto, *La volonté de l'État en droit international*, Recueil de cours, Académie de droit international de la Haye, 2007 à la p.199 [Kamto].

droit international public, préoccupé par la structure « *des normes et institutions destinées à régir la société internationale* »²⁹; et qui n'ont pas pour objet de réprimer, mais « *d'organiser [la] nécessaire interdépendance [entre les États], tout en préservant leur indépendance* »³⁰. Sur le plan normatif, le Statut prévoit que le retrait « *n'affecte pas [...] la coopération établie avec la Cour à l'occasion des enquêtes et procédures pénales à l'égard desquelles l'État avait le devoir de coopérer et qui ont été commencées avant la date à laquelle le retrait a pris effet* »³¹. Sur le plan objectif cependant une difficulté apparaît ; la plupart des États comme le Burundi témoigne des violations massives des droits de l'homme, d'autres comme l'Afrique du Sud se sont rendus complice d'impunité en refusant d'arrêter le président soudanais Omar Al Bashir et en voulant trouver par la suite argument de cette situation pour se retirer du Statut. Inéluctablement le retrait exprime la volonté de l'État, mais limite la justice pénale internationale. Plusieurs observateurs parlent du déclin³²; en partant du principe qu'une crise correspond à l'aggravation subite d'une situation et en se concentrant sur les motifs invoqués au soutien du retrait, l'on parvient à constater que le retrait du Statut est l'émanation d'une crise de légitimité découlant de la pratique d'une justice sélective. L'idée révèle également que le caractère volontariste du retrait masque des ramifications politiques de la part des États en quête d'impunité (I). Cependant l'article 127 comporte des mesures permettant de minimiser les effets du retrait sur l'économie du traité (II).

29 Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 10e éd, Paris, Dalloz, 2010 à la p 1.

30 Alain Pellet et al, *Droit international public*, 8e éd, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009 à la p 48.

31 *Statut de Rome*, supra note 3, art. 127 (2).

32 Julian Fernandez, « Genèse et déclin de "l'esprit de Rome" » (2006) 7 AFRI 59 à la p 59 et s [Fernandez].

I – LE RETRAIT, UN EXPÉDIENT A L'ÉGARD DE LA CPI

L'article 127 du Statut de Rome, par sa structure, ne révèle pas un effort de construction, mais une logique de confirmation du caractère fondamental de la volonté de l'État en matière de traités tel que reconnu par la Convention de Vienne. De là dérivent deux principales conséquences, la première, qui se traduit par le fait que ce droit ne s'applique à aucune situation prédéfinie, explique la seconde, à savoir que le retrait ainsi envisagé ne peut intervenir que par voie de dénonciation unilatérale. Mais même en recentrant l'analyse sur un registre purement théorique et normatif, les difficultés qui surgissent des raisons invoquées signalent une régression dans la pratique vers un moyen de contestation de la Cour(A) qui, du reste, n'apparaît pas avoir une conduite irréprochable (B).

A – L'invocation en situation de l'article 127

En s'intéressant aux motifs invoqués par les États, les deux piliers de l'interprétation retenus sont en contradiction. L'on dispose d'un côté d'une base d'appréciation tout à fait logique et compréhensible dérivée de l'article 127. Logique l'est-elle dans la mesure où adopté sur la base d'un traité et non d'une résolution du Conseil de sécurité³³, le Statut subit dans sa formation comme

33 Voir Robert Badinter, « De Nuremberg à la Haye » (2004) 75 : 3 Rev IDP 699 pp. 699 et s ; Gérard de Geouffre de la Pradelle, « Les tribunaux spéciaux internationaux ou à caractère international ; le cas du Tribunal pour le Liban » dans Nils Andersson et Daniel Lagot, dir, *La justice internationale aujourd'hui : Vraie justice ou justice à sens unique ?*, Paris, L'Harmattan, 2009, 147, pp. 147 et s ; Alexandra Cuenin, « La compétence de la Cour pénale internationale : les limites d'une compétence complémentaire » (2011) 7, Le journal du CDI 3, pp 3-6.

dans son exécution tous « *les effets du consensualisme* »³⁴ ; compréhensible ensuite en ce sens que plutôt complémentaire des juridictions nationales, il n'y a pas primauté du droit né du traité sur les droits nationaux³⁵. De l'autre côté en revanche, la situation se présente de manière plus équivoque, la prise en compte des droits de l'Homme étant reléguée à une dimension subsidiaire pour faire place à l'impunité. D'où l'idée qui suit de détournement de procédure, qualifiant l'exercice par les Etats du droit du retrait à des fins autres que celles en vue desquelles ce pouvoir leur a été conféré³⁶.

1 – Entre acte de souveraineté et volonté de détournement de procédure

Les retraits des traités sont des actes délibérés de volonté³⁷, quoiqu'on puisse entreprendre pour en atténuer l'expression. Les autorités de la Cour pénale internationale tiennent à le souligner, et c'était d'ailleurs une nécessité dans la crise, que les retraits « *constituent un acte de souveraineté conforme aux conditions d'adhésion et de respect au Statut de Rome. Ils sont également conformes à la Convention de Vienne sur le droit des traités de*

34 Muriel Ubéda-Saillard, « Coopération avec les juridictions pénales internationales », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2e éd rév, Paris, Pedone, 2012, p. 1140.

35 Julie Tribolo, « L'articulation des compétences des juridictions internes avec celles des juridictions internationales » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2e éd rév, Paris, Pedone, 2012, 1039 p. 1053. Voir également Almoktar Ashnan, « Le principe de complémentarité entre la Cour pénale internationale et la juridiction pénale interne », Thèse de Doctorat, Université François – Rabelais de Tours, 2015, p. 19 ; Maxime Crevier Tousignant, « L'instrumentalisation du principe de complémentarité, une question d'actualité » (2012) RQDI 25 : 2, 73 p. 99. [Tribolo]

36 Sur la définition du détournement de procédure voir, Raymond Guillien et al, *Lexique des termes juridiques*, 13e éd, Paris, Dalloz, 2001 p. 202.

37 Kamto, *supra* note 24, pp. 9 et s.

1969 »³⁸. Tout État auquel le Statut confère la qualité de membre dispose également du droit de s'en retirer. Cela ne suppose pas de conditions particulières ; sachant de toute façon que le consensus pour la création de la Cour qui était recherché à Rome avait été obtenu, les parties à la Conférence n'ont pas cru devoir imposer d'autres règles au maintien des Etats au sein de la juridiction en dehors du fait qu'ils en référeront par voie de notification au Secrétaire général des Nations Unies; une exigence simple qui se résume à informer les autres parties de l'intention de quitter le Traité³⁹, et à laquelle chaque État devrait satisfaire facilement. En évitant le verrou de la consultation, très clairement, le Statut n'organise pas de dialogue entre les parties ; chaque État pouvant se retirer du traité à tout moment et dans des conditions qu'il est seul propre à apprécier.

Il faut encore remonter plus loin en rappelant que la CPI a été un sujet sur lequel les États au départ n'avaient d'idée précise ou alors en avaient plusieurs. Ce qu'il en est resté est finalement un compromis entre deux camps, l'un favorable à un amendement à la Charte qui ferait de la Cour un organe principal de l'Organisation des Nations Unies comme l'était la Cour Internationale de Justice, et l'autre, inféodé à la création de la Cour par une résolution de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité⁴⁰. Mais comme le recommandait la Commission du droit international, l'idée de

38 Sidiki Kaba, « Sur le retrait du Statut de Rome » Conférence de presse du Président de l'Assemblée des États Parties, présentée au Sénégal, 24 octobre 2016, en ligne : < asp.iccpi.int/iccdocs/asp_docs/MediaCoverage/2016/PASP-PressConference(26Oct2016)-FRAtranscript.pdf >

39 Eva- Maria Alexandrova Poptcheva, « Article 50 du traité UE : retrait d'un Etat membre de l'Union » (2016), EPRS /service de recherche du Parlement européen, à la p 2 en ligne : <www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EPRS_BRI(2016)577971>. Voir également Grégory Bouterin, « Le Traité sur la non-prolifération à l'épreuve du droit de retrait » [2008] 4 IFRI 791 à la p 794. [Poptcheva]

40 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, n° 22A, *supra* note 25 à la p 8 et s.

créer la Cour par le biais d'un traité multilatéral a reçu comme une troisième voie l'accord des parties à la Conférence et pour de bonnes raisons, non seulement « *le traité [seul] fournirait à la Cour l'indépendance et l'autorité dont-elle avait besoin, mais également il appartiendrait aux États de décider de devenir parties au traité* »⁴¹. De la sorte, tout le problème posé par la difficile insertion de la juridiction a été résolu de manière spécifique par la particularité de son mode de création.

Le recours au présupposé théorique du volontarisme reste donc inévitable dans ce contexte où il ne saurait être permis d'ignorer l'ancrage du Statut de Rome dans cette thèse, qui revendique la primauté en quelque sorte naturelle du droit international par rapport à tout droit dont la force obligatoire ne serait l'expression d'aucune volonté étatique⁴². Il n'échappe guère dans cette logique que le retrait du Statut s'inspire des conceptions du droit commun des traités⁴³ et s'affirme au sein d'une tendance de mode, pour ne le lui ne citer que l'exemple du BREXIT⁴⁴.

Une entente n'est jamais trop parfaite ; par conséquent, l'absence de formalisme procédural ou la facilité apportée au retrait incite à une réflexion plus profonde dès lors que le problème en cause n'est plus celui de l'applicabilité de ce droit que de la précision des circonstances susceptibles d'en justifier la mise en œuvre. Il

41 Ibid, à la p 8.

42 Joe Verhoeven, « Cour Général : Considérations sur ce qui est commun » (2002) Académie de droit international de la Haye à la p 29.

43 À la suite des auteurs comme Sextus Empiricus, un philosophe sceptique, le jus naturalisme considère que toutes les Conventions sont relatives, parce qu'elles ne peuvent se prévaloir ni de l'autorité des dieux, ni de celle de la nature. Voir Philippe Coppens, *Normes et fonction de juger*, Paris, Bruylant, 1998 à la p 196.

44 Jolyon Howorth, « La Grande Bretagne et l'Europe : de la résistance à la rancoeur » [2010] 2 IFRI 257 à la p 257 et s ; Pauline Schnapper, « Le Royaume-Uni dans l'Union Européenne : le début de la fin ? » (7 février 2012), *La vie des idées*, en ligne : < www.laviedesidees.fr/Le-Royaume-Uni-dans-l-Union-Europeenne-le-debut-de-la-fin.html >.

est difficile aujourd'hui de se désintéresser des fins poursuivies par la juridiction dans l'espace social international pour se rallier à une conception stricte du volontarisme en donnant à la règle un caractère quasi institutionnel. Du moment où de tels actes ne démontrent pas une revendication objective, mais relèvent de la seule expression de souveraineté, ils peuvent dégénérer en de simples projections subjectives.

Le thème de l'injustice domine le retrait, mais il se peut au regard des faits que les vraies raisons soient ailleurs. Parmi les États qui dénoncent le Statut beaucoup ne l'ont pas ratifié, ce qui dans un premier temps permet de faire la lumière entre le retrait politique et le retrait de droit, entre le retrait d'adhésion- Gambie, Afrique du sud, Burundi - et le retrait de signature des pays comme la Russie⁴⁵ ; dans un second temps, la thèse de l'africanisation des poursuites avancée au soutien du retrait porte en elle les germes de sa propre destruction, la plupart des affaires mettant en cause les pays africains avait été portée devant la Cour par les États du continent⁴⁶. La vérité de surface cache donc une profonde intrication politique⁴⁷, sinon le retrait donne une idée de la difficulté actuelle de faire fonctionner la juridiction pénale en « *milieu social*

45 Runavot, *supra* note 23 à la p 2.

46 Oumarou Narey, « La Cour pénale internationale et l'Afrique : Analyse des procédures en cours » (2015) Rev. étude rech dr admin pays Afri 1 à la p 36 [Narey].

47 Julie Saada, « La justice pénale internationale, entre idéaux et justification » (2011) 1 : 205 Rev Tiers Monde 47 aux pp 48-49 [Saada]. La position de cet auteur à la page 49, est à ce propos l'expression d'une véritable crainte quant à ce que la justice pénale ne représente-t-elle pas finalement « d'un côté, une justice de puissants, de l'autre, un ensemble d'institutions pénales impuissantes face aux volontés politiques qui ne cessent de lui résister ? Elle est ainsi partagée entre les idéaux ou les discours qui la justifient en lui attribuant certaines fonctions à l'échelle internationale (sanctionner, réparer, dissuader, prévenir, réconcilier, voire démocratiser) et les forces politiques antagoniques qui lui font obstacle mais auxquelles elle est inévitablement liée ».

non aménagé en régime d'Etat»⁴⁸. Le fait que les États aient exercé leur droit sans avoir à démontrer la responsabilité de la Cour en est la preuve : le Burundi en premier est le pays qui prend en octobre 2016 la décision de quitter la CPI, la jugeant tout simplement mal fondée pour entreprendre un examen préliminaire sur les crimes liés aux violences survenues depuis avril 2015 lorsque le président Nkurunziza a annoncé qu'il se présenterait pour un troisième mandat aux élections présidentielles⁴⁹. En octobre 2016, c'était au tour du gouvernement de l'ex-président Yahya Jammeh d'annoncer le retrait de son pays, la Gambie, toujours sur la base des motifs sans lien avec la qualité des décisions de la Cour sinon une accusation portée contre cette dernière de passer sous silence les crimes de guerre des pays occidentaux pour ne poursuivre que les pays africains⁵⁰. Pour justifier leur retrait, les autorités sud-africaines soutiennent que leurs obligations à l'égard de la CPI sont incompatibles avec le droit national garantissant l'immunité diplomatique aux chefs d'États. Convoquée en avril 2017 par la CPI pour répondre de son attitude, le conseil juridique sud-africain rappelait que l'Afrique du Sud était un État souverain et

48 André Decenière-Ferrandière, « Essai critique sur la justice internationale » (1934) 41 RG-DIP 148, p. 159. La question que se pose l'auteur à cet égard est chargée de sens : « est-il possible de faire fonctionner les institutions judiciaires dans un milieu social non aménagé en régime d'Etat ? ».

49 Sébastien Hervieu, « Après le Burundi, l'Afrique du Sud veut sortir de la CPI », *Le Monde* [Afrique] (22.10.2016), en ligne : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/22/pourquoi-l-afrique-du-sud-veut-sortir-de-la-cour-penale-internationale_5018438_3212.html. Voir également Le Burundi notifie son retrait : (28 octobre 2016), en ligne : <https://bujumburanewsblog.wordpress.com/2016/10/28/cpi-le-burundi-notifie-formellement-a-lonunson-retrait/> [Hervieu]

50 Le Monde, « La Gambie veut à son tour sortir de la CPI », [Le Monde avec AFP] (26.10.2016), en ligne : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/26/le-gambie-veut-a-son-tour-sortir-de-la-cpi_5020376_3212.html. Voir également, Carole Kouassi, « CPI : la notification du retrait de la Gambie reçue par l'ONU » [Africanews] (14. 11. 2016), en ligne : <http://fr.africanews.com/2016/11/14/la-notification-de-retrait-de-la-cpi-de-la-gambie-recue-par-l-onu/>

qu'elle avait le droit de refuser d'arrêter Omar Al Bashir⁵¹. Cet argument clôt le débat ; qui plus est, l'Afrique du Sud n'a pas été le seul pays à avoir refusé d'arrêter le président soudanais qui assiste depuis à plusieurs rencontres internationales⁵².

La conception souverainiste qui justifie le retrait par la volonté est celle-là même aussi qui explique la simplification de la procédure qui a été allégée pour parer d'éventuels blocages à l'adhésion au Statut. À ce moment de la formulation de la politique de base et du cadre relationnel de la CPI, on ne pouvait pas dire que des verrous n'étaient pas nécessaires ne fût-ce que pour créer les conditions permettant aux États de trouver davantage intérêt à rester qu'à partir ; au même titre qu'il paraît à ce jour indispensable d'instaurer le dialogue que développent par pur pragmatisme les autorités de la Cour⁵³ dans les missions de l'Assemblée des États parties ou le confier à titre de bons offices aux Nations Unies qui interviennent en aval comme en amont pour recevoir les adhésions et les retraits des États. Sinon, à défaut d'une obligation de motivation, et dans la perspective ci-dessus, des délais pourraient être incorporés au terme des mécanismes d'examen ou d'amendement pour imposer à la fois un temps avant lequel la dénonciation ne peut intervenir

51 À noter, la déclaration du Conseiller Juridique de l'Afrique du Sud Dire Tladi : « il n'est pas et il n'était pas du devoir de l'Afrique du Sud, aux termes du droit international, d'arrêter le Chef en exercice d'un État non membre (de la Cour) comme M, Béchir », en ligne : <https://www.africa1.com/news/cpipretoria-affirme-ne-pas-avoir-le-devoir-d-arreter-el-bechir-106252>

52 La dernière en date a concerné son déplacement en Russie le 23 novembre 2017. Voir, « Omar El- Béchir en visite en Russie demande à Poutine une protection contre les États – Unis », *Voa Afrique* (23 novembre 2017), en ligne : < <https://www.voafrique.com/a/omar-el-bechir-en-visite-en-russie-demande-a-poutine-une-protection-contre-les-etats-unis/4131399.htm> >.

53 La procureure de la Cour pénale internationale Fatou Bensouda, allocution, Discours devant l'Assemblée Nationale du Niger, présentée à l'Assemblée Nationale du Niger, 25 avril 2017, en ligne : < www.iccpci.int/iccdocs/otp/170423_OTP_Speech_Fra.pdf >. Lors de son discours, Fatou Bensouda a dit : « j'ai tenu à mettre en place dans mon bureau un groupe de travail avec pour mandat d'entretenir les bonnes relations que nous avons en particulier avec le continent, à tous les niveaux : judiciaire, politique, diplomatique, universitaire, et avec la société civile ».

et éviter de la sorte l'utilisation de ce droit à des fins clandestines par les États pour réprimer leurs populations chaque fois qu'ils seraient exposés à la critique.

2 – La non-prise en compte des droits humains ou la quête d'impunité

L'homme ordinaire voit d'abord dans la justice un intérêt singulier soit lié à la punition soit à la récompense ; et au vu de la teneur de ses compétences, la Cour pénale internationale peut impulser la réconciliation⁵⁴, empêcher l'impunité en cas d'échec des tribunaux internes, assurer aux victimes une participation aux procédures qui ne leur serait acquise ailleurs ou encore prévenir les violences et les crimes auxquels elles sont exposées. Il est donc clair que même peu respectée, la CPI représente un espoir pour les victimes des violations des droits de l'homme dans le monde⁵⁵; autrement dit, à l'heure où le retrait tente d'imposer un débat purement idéologique et politique, « *la réussite de l'articulation entre la justice nationale post-confliktuelle et la justice internationale constituerait une réponse forte et intelligente : lutter contre l'impunité, c'est aider et renforcer l'État sur le territoire duquel les crimes les plus graves ont été commis à juger les responsables* »⁵⁶.

54 Fomegang, *supra* note 15, pp. 145 et s ; Voir également Mohammed Ayat, « Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation » dans *International Criminal Law Review*, vol 7, n°1, 2007, 391, p. 418.

55 FIDH, *Pour les droits des victimes plus effectifs devant la CPI, un point de vue sur les droits des victimes devant la cour pénale internationale depuis les pays sous enquête devant la CPI*, [2013], en ligne : < <https://www.fidh.org/fr/themes/justice-internationale/cour-penale-internationale-cpi/14432-rapport-fidh-pour-des-droits-des-victimes-plus-effectifs-devant-la-cpi-un> > ; voir également *Les droits des victimes devant la Cour Pénale Internationale*, [2013] 23 Bulletin du GTDV, Rapport complet en ligne : <<http://www.redress.org/downloads/publications/1311panel%20report%20disseminationFR.pdf>> .

56 Drissa Traoré, Doumbia Yacouba et Pierre Adjoumani Kouamé, « Côte d'Ivoire : pour que complémentarité ne rime pas avec impunité » [2013] 23 Bulletin du GTDV 1, p. 3.

À bien des égards, le retrait des États souligne toute la difficulté de préserver la souveraineté tout en garantissant l'atteinte des missions assignées à la Cour, contre laquelle il ne suffit pas d'engager la fronde alors que les contextes nationaux de protection des droits de l'homme qui guident l'adhésion au Statut n'ont pas été améliorés. En reconnaissant aux juridictions pénales non-permanentes le rôle qu'elles ont joué face à plusieurs situations où les systèmes nationaux avaient révélé leur incompétence particulièrement en Afrique – au Rwanda⁵⁷, en Sierra-Leone⁵⁸, on peut affirmer que le système pénal international offre une protection plus fiable des droits de l'homme par rapport à certains contextes nationaux. Ce sont les peuples, la société civile internationale, qui, à la création de la Cour, étaient plus demandeurs de justice et c'est en pensant aux populations directement concernées par les régimes autoritaires, les guerres civiles et politiques qu'elle a été instituée, or les pays qui désertent la Cour sont aussi malheureusement quelques-uns de ceux-là qui sont concernés par ces drames.

Le Burundi en est l'exemple parfait: les sources onusiennes dénombrent dans le pays près de 350 exécutions extrajudiciaires en un peu plus d'un an, quelques 650 cas de torture enregistrés entre avril 2015 et avril 2016, sans compter les meurtres de 134 personnes commis par des hommes non-identifiés et visant des policiers et des civils proches du pouvoir, ainsi que le déplacement de près de 270 000 personnes⁵⁹, « *[des] exactions et massacres*

57 *Situation concernant le Rwanda (création tribunal international)*, Rés CS 955, Doc off CS NU, 3453e séance, Doc NU S/955 (1994) 1, pp. 1 et s.

58 *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc off CS NU, 2000, Doc NU S/2000/915, p. 16.

59 Marie Nicolas, « Dossier : La Cour pénale internationale et le retrait des États Parties » (2017) Chaire d'excellence Gestion du Conflit et de l'après-conflit, Document de travail, à la p 74 [Nicolas]. Voir également « L'ONU dénombre 350 exécutions extrajudiciaires en un an au Burundi », *Le Monde [Afrique]* (29 juin 2016) en ligne : < https://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/06/29/l-onu-denombre-350-executions-extrajudiciaires-en-un-an-au-burundi_4960767_3212.html >

commis dans un huit clos désormais quasi-total [...] depuis que le président Pierre Nkurunziza a décidé de se présenter pour un troisième mandat, plongeant le pays dans une crise politique profonde »⁶⁰. De surcroît, prisonnière d'un régime autoritaire, la société burundaise subit une aggravation de l'oppression : « *les voix indépendantes ayant toutes fui le pays quand elles n'ont pas été assassinées* »⁶¹. Beaucoup considèrent ainsi au sein même de la communauté nationale que « *le retrait de la CPI n'était qu'un pas supplémentaire dans une surenchère jusqu'au-boutiste : révélant à la fois un aveu de culpabilité et un geste désespéré pour échapper à la justice* »⁶².

La situation du pays met en évidence la crainte d'éventuelles poursuites pour les exactions commises sur le territoire comme l'illustration la plus marquante de la décision de cet Etat de se retirer du Statut⁶³.

Revendiquer l'État de droit pour tordre ses principes, ou prétendre parler au nom du peuple et agir contre ses intérêts représentent plus d'une contradiction. Les crimes réprimés par la Cour violent en premier les constitutions ; ce sur quoi il est apparu que de nombreux États démissionnaires se sont rendus doublement coupables en activant le retrait pour défaire l'emprise de la Cour, sans mener en contrepartie des actions en faveur de la justice auxquelles ils étaient tenus. La solution était pourtant remise entre les mains de la communauté internationale de définir le rôle de la

60 Nicolas, *supra* note 59, pp. 67 et s.

61 *Ibid*, p. 67.

62 *Ibid*, p. 67.

63 Maria Malagardis, « Pourquoi le Burundi et l'Afrique du Sud quittent la CPI », *Libération* (21 octobre 2016) en ligne : < www.liberation.fr/planete/2016/10/21/pourquoi-le-burundi-et-l-afrique-du-sudquittent-la-cpi_1523526 > [Malagardis].

Cour⁶⁴, et indépendamment des réflexions qu'avaient suscitées l'efficacité des tribunaux nationaux, l'on a compris que c'était dans l'intérêt de la répression des crimes les plus graves (article 17 du Statut de Rome) qui s'étaient vus coiffés de la récompense de l'impunité, qu'il fallait faire de cette institution une juridiction complémentaire (article 1^{er} du Statut de Rome)⁶⁵. L'exécution de son mandat incombe en totalité aux États qui doivent être en cohérence avec le sort des droits protégés.

Sans laisser entendre qu'il y a incompatibilité entre le droit des États de se retirer du Statut et leur vocation à combattre l'impunité, il importe néanmoins de reconnaître les limites infranchissables qu'impose la morale et ramener le retrait à des faits concrets. Précisément pour la raison qu'il n'existe pratiquement plus d'ordre juridique qui se conçoive sans considération pour l'humanité. La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, ainsi qu'il lui appartenait de le dire dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, affirme clairement que « *même si le retrait est un acte unilatéral, son caractère discrétionnaire n'est pas absolu* »⁶⁶ ; ensuite l'évolution de la doctrine internationale témoigne de l'extension de la *clause rebus sic stantibus (clausula)*

64 Julie Tribolo, « L'articulation des compétences des juridictions internes avec celles des juridictions internationales » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2e éd rév, Paris, Pedone, 2012, 1039, p. 1053.

65 *Statut de Rome*, supra note 3 aux arts 1-17 ; En ce qui concerne la complémentarité de la juridiction de la CPI voir également *Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, RC/9/11, Doc off CPI NU (2010) 1, p. 5 aux arts 27-28.

66 *Ingabire Victoire Umuhoza c République du Rwanda* (arrêt sur la compétence), requête n° 003/2014, [2014] Cour africaine des droits de l'Hommes et des peuples 1 ; Voir également *Affaire relative à la dénonciation du traité Sino-Belge du 2 novembre 1865* (1928), Ordonnance du 21 février 1928, CPJI (sér A) n° 14 ; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis)*, [1984] CIJ rec 392, p. 420 au para 63 : « L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation des traités ne renfermant aucune clause de durée ».

ou changement de circonstances à la dénonciation unilatérale⁶⁷ et reconnaît la spécificité des traités sur les droits de l'homme par rapport aux autres traités⁶⁸ ; enfin eu égard au Statut qui subordonne l'interprétation du droit applicable à la compatibilité avec les droits de l'homme internationalement reconnus⁶⁹.

Le retrait est en définitive cerné sous une dimension conflictuelle, de l'expression unilatérale de la volonté contre une faible prise en compte des droits de l'homme. Pour une institution dont les nombreuses causes sociales ont forgé l'existence sur un socle de protection des droits de l'homme, le malaise se comprend aisément. Néanmoins, obtenir le meilleur de la concertation entre les États et la Cour est un gage de bonne exécution du Statut du point de vue de la conciliation entre la souveraineté et la protection des victimes.

B – Un objectif qualitatif : la crise de légitimité

Le discrédit a vite été jeté sur la réputation de la Cour pénale internationale après son entrée en activité judiciaire. Les « récriminations dont [-elle] fait l'objet sont de plusieurs ordres et les revendications qui en sont issues visent rien moins qu'un

67 Georges Tenekides, « Le principe *rebus sic stantibus*, ses limites rationnelles et sa récente évolution » dans Marcel Sibert, dir, *Revue générale de droit international public*, Paris, A. Pedone, 3e série, vol VIII, 1934, 273, p. 282 : « La clause ne saurait jouer par voie de dénonciation unilatérale. Cela équivaudrait à constituer la partie arbitre de la valeur du traité, en dépit de l'adage "*nemo iudex in res sua*" et à affecter le traité d'une condition potestative. » ; *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c Islande)*, [1973] CIJ rec 3 ; *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1995] CIJ rec 7, p. 65 au para 104 : « la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels ».

68 Jean – François Flauss « La protection des droits de l'homme et les sources de droit international », dans *La protection des droits de l'homme et l'évolution des droits de l'homme*, SFDI, Colloque de Strasbourg, Pédone, 1998, 11, p. 79.

69 *Statut de Rome*, *supra* note 3, art 21 ; Voir également Currat, *supra* note 27, p. 154. [Statut].

affaiblissement de la justice pénale internationale »⁷⁰. Parmi les causes essentielles évoquées l'application sélective du Statut provoque une inquiétude en même temps qu'elle appelle à la réflexion ; le système porte encore un certain nombre de défaillances alors qu'il reste prisonnier des souverainetés et des pratiques douteuses sur le plan éthique. La présence de tous ces facteurs inhérents au mode de fonctionnement de la Cour situe le retrait sur le terrain de l'insatisfaction et opère au détriment de son universalité.

1- Une justice sélective

Les courbes de l'histoire témoignent de la chute des grandes figures pour avoir tout simplement méconnu les évidences ou cru à leur infaillibilité⁷¹. La production jurisprudentielle de la Cour pénale internationale ne pouvait se soustraire à la vérité du jugement et si coupable, à la sanction. Tant ceci est vrai : « *c'est au nom de la justice comme valeur qu'est critiquée la justice comme institution* »⁷². On assiste à un basculement dramatique dans le vocabulaire – « *justice à sens unique* »⁷³, « *jouets* »⁷⁴ ou

70 Maman Aminou Koundy, « L'abandon des charges dans l'affaire relative à la situation au Kenya : affaiblissement ou opportunité pour la Cour Pénale Internationale » [2017] 11 Rev DH 1, p. 3, en ligne : <journals.openedition.org/revdh/2783> [Aminou Koundy].

71 Jean-Pierre Worms, « Crise de légitimité des élites gouvernementales et politiques françaises, et conditions d'une refondation de la république » (2005) 2 : 26 RDM 105, p. 112.

72 Élisabeth Clément, *La justice : Textes expliqués, sujets analysés, glossaire*, Pierre Hidalgo, 2011, p. 8, en ligne : <http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/wp-content/uploads/ebooks/justice_clement.pdf>.

73 Parlant de suspicion, citons en exemple l'intéressante compilation de Nils Andersson et Daniel Lagot, dont le titre est très évocateur : *La justice internationale aujourd'hui : vraie justice ou justice à sens unique ?*, Paris, L'Harmattan, 2009.

74 Le juge Hans-Peter Kaul, « La Cour pénale internationale : Un jouet aux mains des pouvoirs politiques ? » Conférence internationale « Les chefs d'États devant les tribunaux : Les procédures à l'encontre de chefs de gouvernement en exercice en Afrique marquent-elles une étape importante dans la justice pénale internationale ? » présentées à la Cour pénale internationale, 5 novembre 2013 à la p 2, en ligne : <<http://docplayer.fr/165411-La-cour-penale-internationale-un-jouet-aux-mains-des-pouvoirs-politiques.html>>.

encore « *marchandage* »⁷⁵ – pour traduire les failles d’un système qui échoue à mettre en œuvre les principes d’une justice neutre et indépendante, ce dont témoignent également les procédures menées par la Cour.

Prise au fait de ces dernières, le *modus operandi* de la CPI est en contradiction avec les principes qui doivent régir son fonctionnement, en premier celui de la neutralité. Observée au prisme de sa première décennie d’activité le constat est saisissant : « *seules les situations relatives aux pays africains ont fait l’objet d’une ouverture d’enquête de la part du Bureau du Procureur ; et [...] les affaires issues de ces situations sous enquêtes n’ont concerné que des suspects africains, y compris des chefs d’État* »⁷⁶. Les faits parlent d’eux-mêmes : Côte d’Ivoire, Lybie, Burundi, Mali, Kenya, République Démocratique du Congo, Soudan, Ouganda et République Centrafricaine. Le second principe enfreint est celui de l’indépendance : « *l’idée d’une Cour de plus en plus politisée, instrumentalisée et braquée exclusivement sur la répression des crimes commis en Afrique* »⁷⁷, lui vaut une perte de crédibilité à l’échelle des accusations d’être « *en train de se transformer en un tribunal occidental établi pour juger les crimes africains contre l’humanité* »⁷⁸.

Mais le problème du retrait n’est plus seulement africain il est aussi européen donc mondial, et à ce stade géographique plus large où il se pose il participe à compliquer les possibilités d’une appréciation globale. On sait que le bureau du procureur procède aussi à des examens préliminaires en Afghanistan, en Colombie,

75 Saada, *supra* note 47.

76 Jacques Mbokani, « La Cour pénale internationale : Une Cour contre les Africains ou une Cour attentive à la souffrance des victimes africaines ? » (2013) 2 : 26 RQDI 47, p. 48.

77 Narey, *supra* note 46, p. 20.

78 Aminou Koundy, *supra* note 70, p. 2.

en Palestine et en Ukraine, sur l'intervention militaire britannique en Irak, sur des navires immatriculés en Grèce et au Cambodge, et qu'il a ouvert une enquête sur une situation en Géorgie⁷⁹ ; mais faute de procès la thèse de la justice sélective demeure gravée dans le marbre, et de ce fait relie l'essor du retrait au faible impact produit par l'activité judiciaire de la Cour. Il n'est guère douteux dans l'ensemble que la haute juridiction soit mise face à une lourde responsabilité ; construire la légitimité et restaurer la confiance dont dépend le sort de toute autorité⁸⁰. Loin d'être facile, cette construction est toutefois essentielle à la recomposition des liens au sein du Statut de Rome qui demeure sous tensions, à la fois idéologique –non adhésion - et conjoncturelle -retrait- C'est par l'espoir qu'elle-même défierait les limites de l'ancien régime que la Cour pénale pouvait passer pour une révolution. Or, pour peu que soit soumise au débat la question des valeurs éthiques, elle a du mal à tenir un discours moralisateur. Les révélations contre Luis Moreno Ocampo enfonce la Cour et montrent un « *procureur intéressé par l'argent, d'une valeur éthique douteuse et voyant la CPI comme le bras judiciaire du Conseil de sécurité de l'Onu plutôt que comme la cour de justice indépendante qu'elle est supposée être* »⁸¹.

Par une série d'attitudes, en bref, la Cour s'est elle-même dépouillée du peu de capital affectif auquel elle avait eu droit à la naissance, parlant par exemple de la coalition pour la Cour pénale internationale formée de plus de 160 Etats et pas moins

79 Koundy, *supra* note 70, p. 9. Voir également Kirsch, *supra* note 20, p. 5.

80 François Galichet, « L'autorité dans la société d'aujourd'hui. Quelle légitimité et quels modes d'exercice ? » Journée de réflexion sur l'autorité présentée au Relais culturel de Wissembourg, 14 mars 2007, p. 8, en ligne : < <http://philogalichet.fr/wp-content/uploads/2011/10/Lautorit%C3%A9.pdf>>.

81 Marie-France Cros, « RDC : "Le scandale Moreno Ocampo nous donne raison", dit Eve Bazaïba », *La Libre Afrique* (10 octobre 2017), en ligne : < <https://afrique.lalibre.be/9669/rdc-le-scandale-morenoocampo-nous-donne-raison-dit-eve-bazaiba/>>.

de 500 ONG⁸², illustrant l'émergence d'une volonté commune de combattre l'impunité⁸³. Le recours aux dispositions de l'article 127 aurait alors été justifié au moins à ce niveau de revendication légitime d'un meilleur rôle de la Cour au sein de l'ordre juridique international.

En tout état de cause les récriminations de justice sélective, en défaveur de la cohésion de la Cour, ont été l'incubateur d'une réflexion critique sur tout un processus qui semble établir progressivement un rapport de domination. Cette réalité appréhendée à la lumière du droit, montre que le retrait des États ne déborde pas le cadre juridique du traité, quoique soit mise en lumière une conflictualité inhérente au discours unilatéral et à la sauvegarde des droits de l'homme. En faisant leur lien avec le mode de fonctionnement de la Cour on peut désormais voir que ces deux éléments puissent être évoqués sans contradiction ; d'où la mise en valeur de la concertation suivie pour sortir de la crise

82 Rebut, *supra* note 1, p. 628.

83 Au sortir de la Conférence de Rome, tous les Etats parties, y compris les États-Unis qui sont aujourd'hui l'un des principaux détracteurs de la Cour, étaient d'accord sur l'importance du rôle que devait jouer celle-ci dans la répression des crimes internationaux. À ce sujet, lire les déclarations des représentants à la conférence : Organisation des Nations Unies, communiqué, AG/J/249, *supra* note 18 : «Le Statut de la Cour pénale internationale qui devrait conduire à l'application du droit humanitaire international par une institution judiciaire d'une crédibilité irréprochable, mérite la participation et l'appui de toute la communauté internationale. L'objectif consiste à déclarer responsables et traduire en justice les auteurs des crimes les plus odieux, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre les plus graves. Chacun d'entre nous comprend que la création d'une Cour pénale internationale permanente est une expérience courageuse. Le traité négocié à Rome et qu'un grand nombre de gouvernements ont déjà signé, contient de nombreuses dispositions que les Etats-Unis appuient. En dépit de dispositions inacceptables, la délégation américaine reconnaît toutefois que le texte final est le résultat des efforts visant à promouvoir des valeurs fondamentales pour le peuple américain, notamment la justice, les droits de la défense et le respect du droit ». La doctrine n'a pas manqué de saluer à son tour le succès de la Conférence. Voir Alain Pellet, «Pour la Cour Pénale Internationale, quand même! – Quelques, remarques sur sa compétence et sa saisine » (2001) dans *Int. Criminal Law Rev* 91, p. 110. Voir également Badinter, *supra* note 2.

par le dialogue et des actes de bonne foi qui l'accompagnent. La Cour a adopté un code de conduite du Bureau du Procureur⁸⁴, elle a entrepris de discuter avec les États membres de l'Union Africaine au sujet du retrait⁸⁵. Tout ne s'arrête pas là ; en avril 2016 la CPI décide de clore l'affaire kenyane concernant William Ruto et Joshua Arap Sang, par le non-lieu à poursuite prononcé pour les chefs d'accusation de crimes contre l'humanité portés contre eux consécutivement aux violences postélectorales de 2007-2008. Du reste, considéré comme « *une opportunité pour renouer les relations avec les Etats africains* »⁸⁶, cette décision s'est accompagnée du mea culpa du Procureur sur « *les graves altérations du processus judiciaire commises par le biais de subornation et d'intimidation politique de témoins* »⁸⁷.

La théorie de la légitimité en résumé dévoile l'une des facettes importante du problème et en révèle les pistes de solution ; « *pour que le pari lancé au monde par les partisans de la Cour pénale internationale soit gagné, il faut qu'elle acquière plus que la légalité de sa création, la légitimité de son action* »⁸⁸. La CPI étant une création des États, et pour s'assurer qu'elle puisse fonctionner normalement, « il était essentiel de préserver leur souveraineté »⁸⁹, cependant la bataille politique de légitimité qui s'annonce derrière le retrait ne laisse la chance à d'autres solutions que celle d'œuvrer au renforcement de la qualité institutionnelle

84 Code de conduite du Bureau du Procureur, entré en vigueur le 5 septembre 2013, en ligne : < <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COC-Fra.pdf> >.

85 Voir, Cour pénale internationale, communiqué de presse, ICC-CPI-20161021-PR 1248, « Le Président de l'Assemblée regrette le retrait de L'Afrique du Sud du Statut de Rome et réaffirme le combat de la Cour contre l'impunité » (22 octobre 2016), en ligne : < www.iccpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1248&ln=fr >.

86 Aminou Koundy, *supra* note 70, p. 8.

87 Ibid, p. 8.

88 Berkovicz, *supra* note 2, p. 29.

89 Cuenin, *supra* note 33, p. 5.

« Le retrait des États du Statut de Rome : un impact négatif mais relatif sur la répression des crimes internationaux »

de la justice plutôt que d'attendre des États une adhésion à la haute juridiction pénale par simple référence à des idéaux trop bien conçus pour elle.

2- Une Universalité Contestée

La compétence universelle de la Cour vise la protection des valeurs toutes aussi universelles, or depuis sa création, « *la Cour n'a pu compter ni sur la collaboration constructive de l'ensemble des États parties ni sur la volonté précieuse des signataires pour se développer sereinement. En revanche, elle a su trouver [des résistances] sur son chemin* »⁹⁰. Bien qu'elle rassemble plus de la moitié des États membres de l'ONU (qui ne représentent malheureusement pas la moitié de la population mondiale), « *le soutien actif des États parties au Tribunal est plutôt décevant. Il ne suffit donc pas de ratifier le Statut de Rome pour garantir à l'institution une autre existence que celle [qu'elle tire] du papier* »⁹¹.

Liée à une compétence dont la portée internationale est affirmée par l'article 1^{er}, l'universalité de la CPI s'accorde avec l'idée que « *la Cour dépend de la ratification et de l'acceptation du Statut de Rome par un nombre d'États aussi élevé que possible* »⁹². Il a fallu pour ce faire attendre au moins soixante ratifications pour son entrée en vigueur, mais l'engagement dont lui a ainsi témoigné la communauté internationale n'a pas été consolidé. Au mieux se trouve-t-elle à mi-chemin entre un universalisme ineffectif et une

90 Fernandez, *supra* note 32, p. 64.

91 Ibid, p. 63.

92 Bruno Cathala, Conférence sur la cour pénale internationale, « Propos introductif », [2003], Initiative Eur pour la Dém et les DH, p. 4, en ligne : < https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C56E2F8-1954.../BC_20030925_Fr.pdf >.

effectivité impérialiste⁹³ ; du moins l'universalité reste un objectif plutôt qu'une caractéristique actuelle du mécanisme de Rome et le retrait donne l'idée des difficultés que rencontre la communauté internationale pour la renforcer.

En tout cas, personne d'autre que la Cour n'est mieux placée pour nous apprendre qu'en deux décennies d'existence, la justice internationale actuelle semble encore bien loin de la justice universelle⁹⁴. « *Le comportement [...] des États parties, signataires ou tiers [évoluant dans la mouvance de la Cour pénale internationale] est [donc] déterminant quant à la fragilité actuelle de l'institution* »⁹⁵. Ce à quoi on assiste est une manifestation irréductible de la phobie à l'égard de la juridiction pénale internationale ; une réaction qui s'accompagne d'une perte de crédibilité et de légitimité.

Qu'on tienne en partie la Cour pour responsable de la crise actuelle, cela n'est rien comparé à la volonté de certains dirigeants d'échapper à leur responsabilité pénale⁹⁶, qui elle reste une véritable préoccupation. Le retrait de ce point de vue ne fait guère qu'élargir le cercle de la contestation au sein du mécanisme de Rome, il ne l'a pas créé, il la suit et l'exprime. S'il n'équivaut pas dans ses origines, à la non-adhésion, il lui est lié au moins par les conséquences. Porteur du projet universel des droits de l'homme, mais hostile à la Cour, la position d'un pays comme les USA ne

93 Mireille Delmas-Marthy, « Cours : Le relatif et l'universel » dans *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, éd. Seuil, 2004, p. 655, en ligne : < www.seuil.com/ouvrage/le-relatif-et-l-universel-les-forces-imaginantes-du-droit-1-mireille-delmas-marthy/9782020678490 >.

94 Sidiki Kaba, *supra* note 36.

95 Fernandez, *supra* note 32, p. 64.

96 Eugénie Bastie, « Pourquoi des États africains se retirent de la Cour pénale internationale? », *Le Figaro* (26 octobre 2016), en ligne : < www.lefigaro.fr/international/2016/10/26/01003-2016/026ARTFIG00200-pourquoi-des-etats-africains-se-retirent-la-cour-penale-internationale-php >.

saurait laisser indifférent. Au départ l'administration Clinton, favorable à la Cour avait signé le Statut de Rome et différé sa ratification. Malheureusement le divorce s'installe avec l'arrivée des républicains au pouvoir qui font voter une loi : *l'American Service members' Protection Act*, privant le Statut d'un quelconque effet. L'opposition américaine à la Cour procède en effet d'une idéologie complexe : « *[neutraliser] la compétence de la CPI à l'égard des ressortissants américains* »⁹⁷ ; pourtant, en parallèle, les USA votent des résolutions au Conseil de sécurité déférant des affaires devant la Cour ; donc ils jouent sur deux terrains en profitant de son action lorsque cela les arrange. Un autre motif au retrait de la signature américaine trouve sa source dans l'histoire du pays : les Etats-Unis, de tout temps, refusent de se soumettre à une instance supranationale.

Le retrait des États des organisations internationales traduit ache des non dits savoir ce que des situations parfois décadente, parfois des situations décadentes. Qu'on se souvienne de la Société Des Nations (SDN) et de ce qu'il en a résulté comme leçon de sa mise en place qui s'est soldée encore une fois par la non-participation des Etats-Unis, les retraits de l'Allemagne et du Japon en 1933, le retrait de l'Italie en 1937 et le bannissement de l'URSS en 1939⁹⁸. **Thomas G. Weiss** pense que « *les organisations internationales vivent et meurent, prospèrent et déclinent, selon la qualité et la pertinence des idées politiques qu'elles proposent* »⁹⁹, et pour traduire cet auteur, chaque institution est maîtresse de son destin.

97 Julien Detais, « Les Etats-unis et la Cour pénale internationale », (2003) 3, Rev Dr fond, p. 32 et s. Voir également, Mayeul Hieramente, *La Cour pénale internationale et les États Unis. Une analyse juridique du différend*, Paris, L'Harmattan, 2008, 96 p. [Detais].

98 Anne - Renée Castex , « La société des Nations, Fiche d'histoire contemporaine » (2007) Eclairément, en ligne : < [https://www.eclairément.com/Spip.php?page=imprimer &id_article=138](https://www.eclairément.com/Spip.php?page=imprimer&id_article=138) >.

99 Thomas G. Weiss, « *Histoire globale et organisations internationales* » (2013) 121, Rev Hist. Critique, p. 108.

C'est ce à quoi la Cour s'attèle à l'heure actuelle en recherchant le dialogue et la sortie de crise par la voie de l'élargissement de son action¹⁰⁰. S'il ne demeure de principe, l'unité de l'ordre est donc bien précaire devant les contestations à grande échelle qui menacent son avenir. Cependant c'est une chose de dire que le retrait éteint les obligations vis-à-vis de la Cour, il en est une autre de savoir si les effets juridiques de cette action qui relève d'une prétention de droit débouchent réellement sur l'anéantissement du traité lui-même vis-à-vis de l'État sortant, par sa suspension ou son extinction¹⁰¹.

II – LA RESILIENCE AUX EFFETS DU RETRAIT

On ne peut pas attribuer au Statut de Rome les qualités dont se sont dotés la plupart des instruments conventionnels, en particulier la Charte de l'UE pour sa mise à contribution du mécanisme de souveraineté¹⁰². Une chose est cependant vraie : le Statut ne formule pas seulement un droit de retrait, il anticipe également sur ses effets juridiques. En considérant l'obligation de coopérer dans toute son étendue, le principe de la non-rétroactivité des effets, le retrait n'atteint que partiellement l'objectif d'écarter la compétence de la Cour (A) : il ouvre encore moins la voie à l'impunité face aux mécanismes de substitution prévus sous la gouverne du Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (B).

100 Jeangene Vilmer, supra note 14, 5, p. 26.

101 Sur la question, lire Francesco Capotorti, « Cours : L'extinction et la suspension des traités » (1971) 3 : 134 Académie de droit international de la Haye.

102 Poptcheva, supra note 39 : « c'est le traité de Lisbonne qui, pour la première fois, a introduit le droit d'un Etat de se retirer de l'Union. Auparavant, le droit du retrait est très controversé » ; l'article 50 prévoit alors que « tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union ; [...] L'Etat membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil Européen [...] l'Union négocie et conclut avec cet Etat un accord fixant les modalités de son retrait en tenant compte du cadre des relations futures avec l'Union ». [Poptcheva].

A – La protection du mandat de la Cour

L'absence de condition posée au retrait soulève une préoccupation, celle des répercussions juridiques face aux différentes manières par lesquelles ce droit peut s'exercer. Cette question touche à la fiabilité de l'ensemble du système par rapport aux aléas du revirement. Il est significatif à cet égard de relever qu'un lien a été maintenu entre la Cour et les systèmes juridiques nationaux dans le cadre d'une obligation de coopérer, en termes de « *devoir d'agir conjointement dans l'intérêt commun de la prévention des crimes internationaux* »¹⁰³ ; en outre, le Statut a fait preuve d'ouverture aux solutions pratiques qui l'apparentent à cette technique de droit privé qui veut que la loi ne dispose que pour l'avenir et qu'elle n'a pas d'effet rétroactif.

1- L'obligation de coopérer

Juridiction autonome et indépendante, complémentaire des juridictions nationales et reliée au système des Nations Unies, la Cour pénale internationale est placée au point d'intersection d'une diversité d'acteurs étatiques et interétatiques, dans un cercle relationnel à plusieurs rayons mutuellement constituants. La coopération avec les États, dont le régime procède du combat contre l'impunité assure à la Cour « le renforcement [de son] mandat et [la consolidation de sa] fonction symbolique »¹⁰⁴. Il est notoire cependant de constater l'érosion de sa légitimité, de plus en plus remise en cause au fil des retraits et dans le jeu de ses relations internationales.

¹⁰³ Ubeda – Saillard, *supra* note 34, p. 1137.

¹⁰⁴ Pierrot Damien Massi Lombat, « Les sources et fondements de l'obligation de coopérer avec la CPI » (2014) 27 : 1 RQDI, p. 114.

De manière graduelle, mais en fonction des situations adaptées aux circonstances, la coopération avec la Cour revêt *grosso modo* deux formes : (i) la première qu'énonce le chapitre IX résulte d'une obligation générale¹⁰⁵ dont la primauté est garantie au même titre que toute obligation internationale à l'égard de laquelle l'État ne peut se dérober ni « se prévaloir des dispositions du droit interne pour [en] justifier [l'] inexécution »¹⁰⁶ ; (ii) la seconde, de nature spécifique, caractérise le retrait tel que le précisent les dispositions de l'article 127. 2 : le retrait « *n'affecte pas [...] la coopération établie avec la Cour à l'occasion des enquêtes et procédures pénales à l'égard desquelles l'État avait le devoir de coopérer et qui ont été commencées avant la date à laquelle le retrait a pris effet* ».

Les missions dévolues à la Cour exigent qu'elle fasse preuve d'indépendance, alors qu'elle n'est pas pourvue comme les États de capacité de poursuite et d'arrestation des auteurs de crimes, qu'elle n'a ni force de sécurité, ni prisons. Cet état de fait non négligeable souligne toute l'importance de la coopération dont le sens « *transcende le simple devoir moral des Etats envers la conscience universelle, pour s'ériger en obligation juridique contraignante dépassant [...] le lien conventionnel tiré du Statut de Rome* »¹⁰⁷. Conscient du fait que le Statut n'est pas un traité « *self executing* », la Cour s'est plu à rappeler en saisissant l'opportunité de la première Conférence de révision tenue à Kampala, qu'un cadre efficace de lutte contre l'impunité passait inévitablement par la coopération¹⁰⁸. Celle-ci, décrite plus haut,

105 *Statut de Rome*, *supra* note 3, art 86.

106 Ubeda-Saillard, *supra* note 34, p. 1141.

107 Massi Lombat, *supra* note 104.

108 Voir *Déclaration sur la lutte contre l'impunité*, RC/Decl. 1, Doc off CPI, Conférence de révision du Statut de Rome de la CPI (2010), en ligne : < https://asp.icc-cpi.int/icedocs/asp_docs/Resolutions/RC-Decl.1-FRA.pdf >.

se présente sous une double facette dont la première répond à une logique externe de soutien apporté à la Cour au *prorata* de sa mission, tandis que la logique interne dans laquelle s'inscrit la seconde relève d'un droit transitoire étant entendu qu'en contrepartie de la faculté reconnue aux États de se retirer, le Statut est assorti d'une obligation de coopérer qui, tout en préservant la souveraineté des systèmes juridiques nationaux, laisse également incontestable la légitimité de l'institution pénale internationale à poursuivre en propre l'action judiciaire.

En se mobilisant sur le front du retrait, c'est une projection qui est faite sur la coopération avec la Cour en tant qu'élément essentiel à son fonctionnement. Si le retrait ne traduit pas une situation réellement décadente, en revanche les États sont parvenus au moins par le biais du refus de coopérer à un résultat concret. La Cour en souligne elle-même l'incidence négative sur sa capacité de s'acquitter de son mandat¹⁰⁹. Le Kenya, tout au long de l'affaire Uhuru Kenyatta¹¹⁰; le Malawi et Afrique du Sud ensuite à l'aulne des mandats d'arrêt émis contre les présidents soudanais et libyen, sont l'expression des difficultés qui caractérisent les tristes expériences des juridictions pénales précédentes dont les rapports avec les Etats africains sont apparus pour le moins ambigus, contrastés voire équivoques¹¹¹.

Dans un contexte de défaillance et de tiraillement, il ne suffira pas à la Cour de vouloir prendre à son compte l'obligation de

109 Rapport du Bureau relatif au défaut de coopération, Doc off ASP (2016), 15^{ème} sess, ICC – ASP/15/31/Add. 1.

110 Stephen Brown, « Justice pénale internationale et violence électorales, les enjeux de la CPI au Kenya », dans *Justice pénale internationale, Nouvel ordonnancement moral du monde ou marchandage diplomatique ?* (2011) 205, Rev Tiers Monde, 85, p. 100.

111 James Mouangue Kobila, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », (2012) 10, Cahier Thucydide, pp. 6 et s, en ligne : < www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2012/03/10-L_Afrique_et_les_JIP.pdf >.

coopérer comme tend à le démontrer la jurisprudence, tout comme il n'appartient pas aux États de se contenter de la lettre du Statut sans lever les verrous juridiques et politiques qui font obstacle à la coopération. Pour ceux ayant ratifié le Statut, l'article 88 prescrit l'adoption des procédures nationales permettant la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le chapitre IX. Conséquence de cela, l'obligation de coopérer dépend fortement de « *l'adaptation du droit pénal interne* »¹¹² et dans une large mesure des amendements législatifs apportés aux lois et systèmes juridiques existants¹¹³. Aussi malgré que la Cour considère, à l'appui des décisions rendues contre le Malawi et l'Afrique du Sud relatives à l'inexécution des mandats émis contre Omar Al Bashir, le refus de coopérer comme constitutif de la violation d'une obligation internationale, il apparaît difficile même au motif du défaut de pertinence de la qualité officielle¹¹⁴, d'établir sans réserve la responsabilité des États concernés dans la mesure où s'agissant de l'Afrique du Sud par exemple, la loi nationale accordant l'immunité aux chefs d'États étrangers antérieure au Statut n'avait pas été abrogée. La primauté de la norme internationale ne préjugeant pas de son pouvoir de pénétration de l'ordre interne, le sort de la demande d'arrestation

112 Aktypis Spyridon, «L'adaptation du droit pénal français au statut de la CPI : Etat des lieux» (2008 – 2009) 7, Rev Dr fondamentaux, à la p 1, en ligne : < droits-fondamentaux.U-paris2.fr/.../adaptation_du_droit_penal_français_au_statut_de_rome >.

113 «CPI, faire fonctionner la justice internationale» (2001), *Manuel de mise en œuvre du Statut de Rome instituant la CPI*, p. 4, < https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/handbook_f.pdf >.

114 La position de Cour est de considérer que la fonction d'Omar Al Bashir en tant que chef d'un Etat non-partie au Statut est sans incidence. La chambre préliminaire parvient à cette conclusion à partir de quatre considérations : les buts fondamentaux du statut qui précise que les auteurs de ces crimes ne sauraient restés impunis ; l'article 27 – 1 et 27 – 2 qui excluent de se fonder sur la qualité officielle et immunités ; l'article 21 du statut et une décision de la Cour du 5 février. Voir *Le Procureur C. Omar H. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Fiche d'information sur l'affaire (décembre 2011) (Cour pénale internationale) : rectificatif à la décision rendue en application de l'article 87 – 7 du Statut de Rome relativement au manquement de la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar H. Al Bashir.

dépendait des mesures d'exécution prises au préalable par les autorités nationales sud-africaines¹¹⁵. Ce qui pour l'avenir rend d'ailleurs intéressant « *de mesurer [la] corrélation entre le degré d'adaptation intervenue sur le plan constitutionnel et le degré de respect des obligations au titre du Traité de Rome* »¹¹⁶.

Il ne saurait être permis de nier la responsabilité des États devant des situations presque évidentes, mais tout tend à confirmer la réalité d'un processus en construction et donc la réalisation ne se renforcera qu'avec le temps. Partie d'une mesure de justice, à une solution de continuité, la coopération avec la Cour est devenue par le biais notamment de la *soft law* ou *droit souple* le noyau des principes protecteurs du mandat de la Cour. Une série d'accords signés en vertu de l'article 2 du Statut lie celle-ci à plusieurs institutions dont les Nations Unies¹¹⁷ et l'Union Européenne¹¹⁸, qui partagent le même idéal d'une justice pénale universelle¹¹⁹. Il a été envisagé, en suggérant que la Cour soit autorisée à conclure des accords spéciaux ou des arrangements *ad-hoc* avec les États non-parties, que cela devrait « *encourager [ceux-ci] à lui prêter leur assistance, en général ou dans des cas particuliers, [par un échange d'avantages réciproques] ou la coopération mutuelle* »¹²⁰. C'est à l'image de ce que les États

115 «CPI, faire fonctionner la justice internationale», supra note 113, p. 4.

116 Lambert-Abdelgawad Elisabeth, « Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées », [2003] 55 : 3, Rev int. de droit comparé, p. 573.

117 *Accord régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations-unies*, adopté à New – York le 04 octobre 2004 ; *Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale*, adopté par l'Assemblée des Etats Parties à New York, 3-10 septembre 2002, Doc. Officiels, ICC-ASP/1/3.

118 *Accord de Coopération et d'Assistance entre la Cour pénale internationale et L'Union Européenne*, 10 avril 2006, Doc. Officiels ICC-PRES/01-01-06.

119 Saïd Hammamoun, « Droits de l'Homme et conditionnalité dans les accords de coopération de l'Union Européenne : quelle logique juridique ? » (2010) 1 : 40, RGD, 145, p. 178.

120 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, n° 22A, supra note 25, pp. 79 et s.

feront de l'obligation générale de coopérer que sera établie la coopération en matière de retrait.

2 – L'effet non-rétroactif

La marge de discrétion dont bénéficient les États dans l'application de l'article 127 explique sans surprise des processus de dénonciations résultant de plusieurs causes. Le Statut n'est peut-être pas allé aussi loin que l'ont fait d'autres textes pour s'entourer de plus de précautions. Et il est par ailleurs vrai qu'on ne saurait nier à l'existence des formalités de procédure les vertus protectrices et comprendre l'approche conventionnelle issue de la pratique de plus en plus répandue des traités affectés de modalités en forme de durée¹²¹ ou de clauses résolutoires¹²². Tout jugement catastrophiste mis à part cependant, le fait que le Statut affirme le droit de retrait sans lui conférer une portée absolue est suffisamment parlant du point de vue de sa compatibilité avec un mécanisme qui se veut essentiellement préventif. La responsabilité des États en droit international est par définition relative et dépend de leur volonté¹²³ ; trop sûrs de ce bouclier souverainiste, ceux-ci n'hésitent pas à violer les traités. Il reste

121 A titre d'exemple l'article 13 du traité de l'OTAN du 4 avril 1949 prévoit la possibilité de retrait au bout de vingt-ans après préavis d'un an ; ce délai est de 5 ans aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

122 A propos de la *clausula* ou changement de circonstances, qui est une notion distincte de la clause résolutoire, il convient de noter qu'elle constitue une « disposition expresse visant le changement des circonstances insérée dans le traité lui-même ». Voir *Affaire des Zones franches de la Haute – Savoie et du Pays de Gex (Parties au litige)* [1932], CPJI (Ser C) n° 58, pp. 581 & s ; Pacte de Varsovie du 14 mai 1955, art 11 para 2 : « En cas de création en Europe d'un système de sécurité collective, et de conclusion dans ce but d'un traité général européen sur la sécurité collective, ce à quoi tendront invariablement les efforts des parties contractantes, le présent traité perdra sa force dès le jour de l'entrée en vigueur du traité général européen » [Pacte de Varsovie].

123 Abdelkader Yahî, «La violation d'un traité : L'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale» (1993) : II RBDI, p. 1.

donc avantageux qu'une convention aménage les conditions à son retrait, surtout lorsqu'elle le mène dans le respect des règles bien connues du droit interne sur la suspension et la résolution des contrats¹²⁴, qui veulent que tout acte d'abrogation se solde par la liquidation des droits créés au besoin par un règlement de compte sinon par des explications et des compensations¹²⁵.

Il en va ainsi précisément de la dissolution des relations aussi bien judiciaires que financières liant les Etats à la Cour pénale internationale. Le volet des relations financières également réglé par l'article 127 s'écarte néanmoins de la présente analyse étant entendu qu'elle relève des considérations que l'on prend pour l'étude comme étant extérieures à la question considérée. Pour ce qui est de la faible part que les États démissionnaires apporteraient désormais à la protection des droits humains, la réponse est que les auteurs du Statut de Rome ne se sont pas contentés d'une décision imposée d'en-haut, mais ont voulu un mécanisme multilatéral passant par des arrangements négociés au terme des campagnes avec une attention faite aux desirata des partenaires sociaux qui y avaient des intérêts et plus largement de la société civile représentant les citoyens.

L'extinction des obligations judiciaires revêt donc le plus grand intérêt en ce sens qu'il n'est pas aussi simple de dire que la Cour n'offre plus sa juridiction à l'État et que l'État n'est plus justiciable

124 « Dans le cadre des traités, la suspension et l'extinction sont considérés comme des vicissitudes de la vie d'un traité », Nations Unies, Ann CDI (1991) 2, 43^{ème} sess, à la p 24, [1^{ère} partie].

125 « Nulle part, aucun tribunal n'admettra jamais que des associés, liés pendant des années par un contrat réciproque, ne se séparent sans un règlement de comptes et, pour ainsi dire, sans un mot d'explication. La sécurité des contrats exige que les intérêts réciproques soient reconnus, arrêtés et s'il y a lieu compensés ». Voir, Conférence monétaire entre la Belgique, la France, la Grèce, l'Italie et la Suisse, 4^{ème} séance, 24 juillet 1885, Exposé du délégué de France cité par Alexandre-Charles Kiss, « L'extinction des traités dans la pratique française », Ann Fr de dt Int 5 (1959), p. 785.

de celle-ci ; au vu du fait qu'il n'y a aucun intérêt propre, que les obligations vis-à-vis de la Cour ne trouvent pas de fondement dans un engagement synallagmatique, le Statut joue la carte de la sécurité en misant sur les échelles de temps afin de s'assurer que le retrait ne produise normalement aucun effet rétroactif, qu'il s'inscrive dans les finalités du droit du retrait c'est-à-dire celui pour l'État qui veut s'en prévaloir de retirer son consentement pour l'avenir sans qu'il reçoive un avantage indu ni que ce retrait soit inconciliable avec l'intérêt général¹²⁶.

Par son attachement irréductible à la souveraineté des États, le Statut opte pour un volontarisme intégral mais la manière dont chaque État s'acquitte de ses obligations vis-à-vis de la Cour reste déterminante. Seule formalité qui existe, la notification. Elle produit l'analyse de la situation de l'État concerné en prenant pour base de réflexion une période d'un an après la date où l'intention de l'Etat de se retirer du Statut a été remise aux Nations Unies. La prise d'effet du retrait se subordonne ensuite à l'expiration d'un délai d'un an, dans des conditions propres aux préavis où malgré la dénonciation le retrait n'agit pas. Tout ceci suppose pour chaque État de mieux connaître son sort, de ne pas prétendre se soustraire au Statut pour échapper à la justice. Encore que s'agissant des affaires pendantes, le retrait n'écarte pas la compétence de la Cour sur les litiges dont elle est saisie au moment où sa compétence ne souffre d'aucune contestation.

Même si on n'y voit aucune solution apportée aux problèmes de fond, le retrait ne produit que des effets substantiellement limités et c'est en cela qu'il est la concrétisation d'un mode préventif

¹²⁶ Gèneviève Dufour, «Le retrait du Canada du protocole de Kyoto et le Droit international – Droit de dénonciation, Abus de droit et responsabilité internationale » (2012) RQDI 25 :1, pp. 35 et s.

qui met le Statut à l'abri d'un revirement brutal, lui garantissant une application aux faits antérieurs à son abrogation. La mise en œuvre du retrait dût-elle donc interrompre les relations entre l'État et la Cour, ne préjudicie pas aux droits acquis¹²⁷. Les procédures menées laissent de ce point de vue apparaître des difficultés de coopération sans toutefois établir des situations de violation du droit, le retrait résultant de source juridique prévue par l'accord. Le retrait du Burundi, encore ce cas d'école, ne survient que lorsqu'il est sous le coup de l'ouverture d'une enquête préliminaire, qui plus est le pays annonce qu'il ne coopérera pas avec la Cour. À moins d'agir vicieusement sur un tel levier comme il le déclare, la solution au problème en elle-même est relativement simple, considérant le principe de non-rétroactivité en vertu duquel la Cour reste compétente sur les crimes commis avant la survenance du retrait¹²⁸. S'agissant de ce qu'on pouvait encore qualifier hier de retrait sud-africain, il en ressort un problème plus général qui reflète tout simplement l'avant-goût des difficultés de coopération avec la justice pénale internationale. Le refus sud-africain de coopérer s'est articulé autour d'un prétendu blocage constitutionnel qui a donné lieu à un intéressant feuilleton juridico-politique mettant en vedette la justice nationale et l'opposition au pouvoir. Cette dernière remporte une victoire symbolique devant le Conseil constitutionnel, jugeant la lettre du retrait de la CPI notifiée en octobre 2016 « inconstitutionnelle et invalide parce qu'elle n'avait pas été précédée de l'approbation

127 Voir Capotorti, *supra* note 101, pp. 465 et s.

128 Claire Rainfroy, « Burundi : pourquoi le retrait de la CPI n'aura aucun effet sur les poursuites internationales déjà initiées », en ligne : < <http://www.jeuneafrique.com/364500/politique/burundi-retrait-de-cpi-naura-effet-poursuites-internationales-deja-initiees/>>

du parlement »¹²⁹. En date du 22 février 2017 la Haute Cour de justice de Pretoria prenait ainsi une décision d'annulation du retrait, favorable à la CPI qui aurait sans doute eu dans le cas contraire des difficultés à condamner à son tour l'Afrique du Sud pour violation des lois internationales de par sa décision du 6 juillet 2017¹³⁰.

Autant l'invalidation par le juge constitutionnel, que la sentence prononcée par la Cour, qui ne sont objectivement pas liées, ont eu un écho considérable. La première décision à laquelle fait suite la notification du 7 mars 2017 au Secrétaire général des Nations Unies par les autorités sud-africaines lui demandant l'annulation de la procédure de retrait, découle d'un procès en inconstitutionnalité au cœur duquel on a débattu la responsabilité internationale de l'Afrique du Sud; de même que la validité de la procédure de retrait n'a pas été l'enjeu de la décision de la CPI du 6 juillet 2017 qui a établi la violation par l'Afrique du Sud d'une obligation internationale. On peut discuter des fondements de la deuxième décision, pas de la première : n'eût-été la qualité officielle du président soudanais, le gouvernement sud-africain l'aurait arrêté. Semblables verrous législatifs existent dans les différents droits internes notamment en matière d'arrestation et d'extradition, les États n'extradant par exemple pas la plupart du temps leurs propres nationaux, du moins en limitent-ils la possibilité par l'exigence des garanties spécifiques reposant sur des accords internationaux¹³¹. Mais bien plus, en évoquant

129 Jerry Lampen, « Cour pénale internationale : le retrait de l'Afrique du Sud jugé inconstitutionnel à Pretoria », en ligne : < <http://www.france24.com/fr/20170222-cour-penale-internationale-cpi-retrait-afrique-sud-juge-inconstitutionnel> >.

130 « Retrait de la CPI : l'Afrique du Sud fait marche arrière », *La Tribune* [Afrique], (09/03/2017), en ligne : < <https://afrique.latribune.fr/politique/2017-03-09/retrait-le-la-cpi-l-afrique-du-sud-fait-marche-arriere.html> >.

131 Voir Nations unies, « Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » (2014) 2 : 2, Ann de la CDI.

les arguments de souveraineté tels la qualité de Chef d'État en exercice de Al Bashir ou le titre d'État souverain de l'Afrique du Sud, on s'écartait d'emblée de tout ce qui pouvait entraîner la responsabilité de l'Etat au plan conventionnel dès lors qu'il n'y a pas eu contradiction avec un quelconque acte pris sur la base du traité dénoncé¹³². Ce n'est qu'au titre du droit coutumier, en application de l'article 27 de la Convention de Vienne, que le problème posé restait susceptible d'engager la responsabilité de l'Afrique du Sud, mais de façon subsidiaire.

Le Statut en clair, apparaît bien solide sur cet argument de non-rétroactivité et c'est à raison qu'il a doté de la plus haute importance les dispositions du paragraphe 2 de l'article 127 dont-il convient de rappeler la substance : « *Le retrait [de l'État] ne le dégage pas des obligations mises à sa charge par le statut alors qu'il y était Partie, y compris les obligations financières encourues, et n'affecte pas non plus la coopération établie avec la Cour à l'occasion des enquêtes et procédures pénales à l'égard desquelles l'État avait le devoir de coopérer et qui ont été commencées avant la date à laquelle le retrait a pris effet ; le retrait n'affecte en rien la poursuite de l'examen des affaires que la Cour avait déjà commencé à examiner avant la date à laquelle il a pris effet* »¹³³.

En clair, le Statut ne formule pas seulement un droit qu'il admet valablement, il anticipe également sur ses effets.

132 Verhoeven, *supra* note 37, p. 161 et s.

133 Voir dans le même sens la *Convention de Vienne*, *supra* note 22 art. 70 : « Le fait qu'un traité a pris fin libère certes les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité, mais ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ».

B – Le droit transitoire applicable

La lutte contre l'impunité assignée à la Cour se double d'une obligation morale. C'est avec un regard permettant de penser l'ensemble de la relation avec la Cour à la lumière du retrait que l'on s'assure d'une part du caractère conformiste du traité et que d'autre part l'on perçoit la vocation transitoire des mesures prises afin de garantir la compatibilité du retrait avec l'ensemble du système judiciaire. Le Statut s'est positionné sur un pilier essentiel dont celui de la coopération internationale¹³⁴ dans le cadre des privilèges reconnus au Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte. A côté de cela et grâce aux surprises révélées par la pratique les délais de transition ont muté en délais de transaction.

1 – Des délais de transition aux délais de transaction

Au retrait négocié l'on reconnaît la qualité d'être favorable à des compromis permanents au niveau interne qu'à des sorties du traité obtenues un peu trop facilement ; lorsque le traité lui-même recèle un intérêt économique, soit stratégique, l'exigence des délais de retrait plus longs paraît également s'imposer de manière évidente¹³⁵. Sans bénéficier du même avantage les autorités de la Cour se sont cependant montrées à la hauteur des enjeux, par le biais du débat qu'elles ont su imposer dans les temps de transition.

En fixant un délai incompressible d'un an tel le minimum exigé par l'article 57 de la Convention de Vienne¹³⁶, le Statut a pris

134 *Statut de Rome, supra* note 3 au préambule.

135 A titre d'exemple l'article 13 du Traité de l'OTAN du 4 avril 1949 qui prévoit la possibilité de retrait au bout de vingt ans après préavis d'un an ; ce délai est de 5 ans aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

136 *Convention de Vienne, supra* note 26 art 57 : « une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer ».

une disposition qui atténue un peu les réserves sur l'absence de formalisme dans la procédure. Règle de fonctionnement d'abord, la notification constitue une formalité essentielle à laquelle s'ajoutent des conditions de temps aux conséquences non négligeables ; exigence de procédure ensuite, elle consiste à attribuer un point d'arrivée (*dies ad quem*) à un point de départ (*dies a quo*) dans l'intervalle où l'État manifeste son intention de quitter le traité et le moment où sa dénonciation entre en vigueur.

Le retrait prend effet « *un an après la date à laquelle la notification a été reçue, à moins que celle-ci ne prévoie une date postérieure* »¹³⁷ ; ce en quoi il n'est plus utile de s'attarder sur le caractère volontariste de la dénonciation et ses effets potentiellement négatifs, sans voir dans cet aménagement des échelles de temps une autre qualité essentielle pour que la mise en œuvre de ce droit ne puisse s'exprimer de manière brutale. Tout l'intérêt est dans la manière dont le traité envisage les relations institutionnelles dans l'intervalle des deux moments qui se créent à l'aune du retrait :

L'État annonce son retrait et tarde à le notifier ; la dénonciation ne sera considérée qu'à partir du jour où la notification est officiellement faite, cependant l'État demeure toujours membre de la Cour ;

L'État annonce son retrait et le notifie immédiatement ; il doit compter au moins un an avant d'en jouir des effets. Le terme d'une année reste un délai éventuel, modulable à volonté et qui peut se proroger sans jamais être ramené en deçà. C'est surtout un délai pendant lequel le traité demeure en vigueur, c'est-à-dire où l'État est encore considéré comme étant membre de la Cour.

¹³⁷ *Statut de Rome, supra* note 3, art. 127.

Toute la question doit donc être perçue sous l'angle de la réalité suivant laquelle ce qui se perd à l'immédiat est gagné dans la durée, en sorte que s'il faille corroborer les thèses objectivistes et voir le retrait en termes de pertes ou de profits, c'est encore au long terme qu'il faudra se reporter. Les délais de transition, ce temps d'arrêt obligatoire, permettent de revoir à la baisse toute prétention d'aller vite quand il serait dans l'intention d'un État d'échapper à la justice ; ils expriment ensuite et surtout un droit transitoire à l'œuvre étant entendu que la jurisprudence internationale prend elle-même acte de ce que de telles dispositions « *supposent, elles aussi, une obligation d'agir de bonne foi et de tenir raisonnablement compte des intérêts de l'autre partie au traité* »¹³⁸.

La pratique du retrait éclaire quelques points sur lesquels le Statut semblait être obscur. Le départ des États ne laisse voir aucun enthousiasme du côté de la Cour et l'on peut regretter à cet égard que le Statut ne se soit pas assez soucié des conditions dans lesquelles un État démissionnaire pouvait réintégrer le mécanisme. La jeune jurisprudence y relative étale déjà ses repères ; ce n'est pas à l'Assemblée des États parties qui détient déjà l'essentiel des prérogatives en matière de fonctionnement de la Cour – élection des juges et du procureur, orientations générales, budget, amendements au statut, révision du statut¹³⁹ - qu'il appartient d'en juger, c'est auprès du Secrétaire général des Nations Unies que les demandes d'annulation du retrait sont formulées.

138 Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte (OMS c Égypte), CIJ, 20 déc. 1980, avis, Rec., 1980, 95, relative au transfert du Bureau régional de l'OMS pour la méditerranée orientale hors du territoire égyptien.

139 *Statut de Rome*, supra note 3, art. 112.

Luigi Condorelli, Santiago Villalpando, « Les Nations unies et les juridictions pénales internationales », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3^{ème} éd, Paris, economica, 2005, p. 228.

Ce sont en plus, non sans difficultés liées à l'absence de prévisions des textes, les démarches spontanées entreprises par les autorités de la Cour qui prospèrent dans le temps réservé aux procédures pour désamorcer le départ de plusieurs États qui se positionnent continuellement sur les starting blocs. A la suite de l'annonce du retrait sud-africain intervenue le 22 octobre 2016, le président de l'Assemblée des États Parties demandait au Burundi et à l'Afrique du Sud de *reconsidérer leurs positions en les invitant* au dialogue¹⁴⁰, lequel s'est effectivement intensifié pour prévenir d'autres éventuels retraits. Si informelle qu'elle soit, la démarche n'est cependant pas inefficace puisqu'on peut prétendre pour l'heure qu'elle a jugulé le retrait, tout en permettant néanmoins sur la forme, de faire annuler avec l'aide de l'opposition le retrait de l'Afrique du Sud et d'obtenir le retour de la Gambie au sein de la CPI après la prise de fonction du président Adama Barrow¹⁴¹.

Un vent contraire d'opposition souffle de l'intérieur, il est tel qu'il ne risque de se produire qu'un effet d'exclusion temporaire ramenant au regard de la portée dans le temps tout le contenu de l'article 127 à une chose : éviter la voie de la dissuasion, celle qui consiste à poser les conditions au retrait, sans lui conférer un effet automatique. Ce qui, d'une pure logique d'expression

140 Stéphanie Maupas, « Ces pays africains qui désertent la Cour pénale internationale, Après le Burundi et l'Afrique du Sud, la Gambie a annoncé son départ, invoquant une justice à deux vitesses », Le Monde [Afrique] (27 octobre 2016), en ligne : <<http://www.lemonde.fr/journaliste/stephaniemaupas>>. Voir également Cour pénale internationale, communiqué de presse, ICC-CPI-20161021-PR 1248, « Le Président de l'Assemblée regrette le retrait de L'Afrique du Sud du Statut de Rome et réaffirme le combat de la Cour contre l'impunité » (22 octobre 2016), en ligne : <www.icccpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1248&ln=fr>.

141 Le 10 février 2017, la Mission permanente de la République Gambienne auprès de l'ONU remet au Secrétaire des Nations Unies une notification de l'annulation par le pays de son retrait. Voir, Georges Cocou, « Retrait de la Gambie de la CPI : Adama Barrow annule la décision de Jammeh » (10 février 2017), en ligne : <<http://buzz.lanouvelletribune.info/2017/02/retrait-gambie-cpi-barrow-annule/>>; Olivier Ribouis, « Retrait de la Cpi : la Gambie renonce » (14 Fév 2017), en ligne : <https://lanouvelletribune.info/archives/international/annonces/32167-retrait-cpi-gambie-renonce>.

de la souveraineté conduit à une perspective successorale bien ordonnée dans les rapports entre les États et la Cour.

2 – Le relai normatif et institutionnel du chapitre VII

Il ne fait pas de doute que la Cour peut exercer sa compétence, « lorsqu'une situation dans laquelle un ou plusieurs crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies »¹⁴². Grâce à ce privilège conféré au Conseil de sécurité, les États qui se retirent du Statut de Rome peuvent toujours voir leur responsabilité être engagée devant la Cour pénale internationale si un crime relevant de la compétence de celle-ci est commis sur le territoire de l'un d'eux ou par un de leurs ressortissants. C'est une solution singulière qui a été envisagée dans le sens de « l'indispensable coordination de l'action judiciaire de la Cour et de l'action politique du Conseil de sécurité »¹⁴³.

Le résultat constitue le point le plus controversé, mais sur un sujet aussi sensible et politisé, « des fondations concrètes ont été bâties ce qui est, en soi, une révolution »¹⁴⁴. Quelques États au départ étaient favorables à la création d'une cour criminelle sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité ; par rapport à ce schéma initial qui cantonnait la juridiction à un rôle de subordination aux Nations Unies et en faisait un nouvel instrument aux mains des membres permanents, la mission du Conseil de sécurité dans

¹⁴² Statut de Rome, *supra* note 3, art 13 (b).

¹⁴³ Nacer Eddine Ghazali, «La justice pénale internationale à l'épreuve de la raison d'Etat : L'exemple de la CPI », dans Rafaa Ben Achour, Slim Laghamni, dir, *Justice et juridictions internationales*, Colloque de Tunis des 13, 14 et 15 avril 2000, Paris, A. Pédone, 2000, p. 142.

¹⁴⁴ Martyna Falkowska, «L'interaction entre la Cour pénale internationale et le conseil de sécurité en matière de crime d'agression à l'issue de la Conférence de révision du statut de Rome (2010)» (2010) 2, RBDI, à la p 600.

le mandat de la Cour a évolué en considérant qu'un lien étroit entre cette dernière et l'ONU était essentiel et nécessaire pour garantir l'universalité et l'autorité de la Cour par référence à l'Organisation.

Sans la jonction de « *la prévention et de la répression des violations des droits de l'homme* »¹⁴⁵, les missions assignées à l'Organisation des Nations Unies ne sauraient être atteintes ; moyennant quoi au-delà de leurs différences de caractère, la Charte et le Statut se projettent sur un plan intermédiaire. Les buts et principes de celle-ci sont réaffirmés par celui-là dans le but de créer une Cour pénale internationale permanente et indépendante reliée au système des Nations Unies¹⁴⁶. L'institution d'une justice pénale internationale solide et efficace dépassait pour ainsi dire le cadre strict de la Cour pour devenir une question mise en lien avec le maintien de la paix, et à travers le Conseil de sécurité il faut voir tout le système des Nations Unies sans l'œuvre de laquelle la situation des droits de l'homme dans le monde aujourd'hui serait plus catastrophique. La patiente fermeté de l'Organisation a eu raison des nombreuses pesanteurs qui n'auraient pas pu permettre à la juridiction créée il y a une cinquantaine d'années de fonctionner. Si rien n'est acquis jusqu'en 1998 dans cette voie, on doit néanmoins au Conseil de sécurité l'évolution qui a permis malgré les faiblesses, mais aussi avec toutes les difficultés, d'œuvrer par une action normative en faveur de la création et du fonctionnement des juridictions pénales internationales pour réprimer les crimes dont la gravité dépassait logiquement le seul cadre des États¹⁴⁷. Le Conseil de sécurité tire

145 Luigi Condorelli, Santiago Villalpando, « Les Nations unies et les juridictions pénales internationales », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3^{ème} éd, Paris, economica, 2005, à la p 201.

146 *Statut de Rome*, *supra* note 3 au préambule.

147 Condorelli, Villalpando, *supra* note 145, p. 202 et s.

de la Charte des pouvoirs élargis, mais seuls ceux qu'il exerce en vertu du chapitre VII traitant de l'action « *en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression* »¹⁴⁸, le relie à la Cour.

L'échec des perspectives de création d'une cour par voie de résolution a réglé les problèmes sous-jacents d'indépendance judiciaire ; une faculté de saisine accordée en contrepartie n'est pas de trop pour remettre en cause la légitimité de l'instance onusienne auprès de la Cour, quand on est conscient qu'avant le Conseil de sécurité ne pouvait agir que par l'intermédiaire des tribunaux pénaux internationaux ou dits internationalisés. Il lui fallait pour cela déployer une lourde machine procédurale pour négocier les accords, garantir l'autonomie judiciaire et financière des institutions ainsi mises en place et ouvrir une large coopération avec les autres États non impliqués dans ces procès. Choix judicieux fait en l'absence d'une juridiction permanente, mais plus que jamais sélectif qui n'a eu qu'une portée discutable de placer souvent la justice nationale sous la tutelle et au centre des intérêts divergents de la communauté internationale¹⁴⁹.

Tout compte fait, en reconnaissant la place du passé avant d'envisager l'avenir, « le Conseil de sécurité s'est vu accorder [à la fois] une priorité de litispendance sur la Cour »¹⁵⁰ ainsi qu'une compétence de saisine¹⁵¹. La première qu'on ne traitera pas ici,

148 Voir *Charte des Nations Unies*, art 39 : « le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

149 Cherif Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2e éd rév, Paris, Pedone, 2012,, 733, p. 754.

150 Ghazali, *supra* note 143, p. 142.

151 *Statut de Rome*, *supra* note 3 art. 16.

constitue la codification très controversée de l'ingérence politique dans l'activité judiciaire. La deuxième, prévue par l'article 13 du Statut et conforme à la séparation des pouvoirs politique et judiciaire, met clairement la Cour à la disposition du Conseil de sécurité. «*Si [celui-ci] décidait à l'avenir que la répression des crimes internationaux pertinents [...] s'impose aux fins du maintien ou du rétablissement de la paix, il n'aurait plus besoin de créer des tribunaux pénaux ad hoc, mais pourrait simplement se tourner vers cet organisme permanent, extérieur à l'ONU, mais lié à celle-ci, qu'est la Cour pénale internationale* »¹⁵² ; ladite prérogative pouvant réciproquement se traduire par des demandes adressées par la Cour au Conseil de sécurité aux fins d'intervention pour obtenir la coopération d'un État tiers.

Outre le fait qu'il est prévu un accord destiné à régir les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies, lequel a été signé le 04 octobre 2004, un arrangement de taille a été apporté dans la structure de leurs rapports institutionnels, dans la mesure où, «*instituée pour permettre le jugement des auteurs des violations graves du droit international humanitaire, [la C.P.I.] trouve un relais normatif important à travers le Chapitre VII de la Charte, considéré comme la clef de voûte du système de sécurité collective*»¹⁵³. Il n'a pas fallu la survenance des retraits pour apprécier l'importance d'un tel dispositif ; le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité l'a démontré pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome le 1^{er} juillet 2002, en déférant au procureur de la CPI la situation au Darfour par la résolution 1593 (2005); le 26 février 2011, pour la seconde fois, lorsqu'il décide également à travers la résolution 1970 (2011)

¹⁵² Condorelli, Villalpando, *supra* note 145, p. 228.

¹⁵³ Sidy Alpha Ndiaye, *Le conseil de Sécurité et les juridictions pénales internationales*, Thèse de Doctorat, Université d'Orléans, 2011, p. 250.

de saisir la Cour de la situation qui règne en Libye depuis le 15 février 2011.

La compétence de la Cour est dite automatique lorsque celle-ci est saisie par le Conseil de sécurité, ce qui ne veut pas dire qu'il appartient à ce dernier d'instruire et de juger les affaires qu'il porte devant la juridiction. Demain l'histoire permettra de mieux juger encore si la saisine laissée aux mains du Conseil de sécurité est à créditer de plus de flexibilité et d'adaptabilité par rapport à la sphère que lui offre le chapitre VII de la Charte dont - il lui suffit de réclamer l'application pour affirmer la licéité de son action¹⁵⁴. En attendant de faire la part des choses entre le bien fondé de la disposition et l'usage qu'on peut en faire, la survenance inattendue et en masse des menaces de retraits donne raison de penser que le rôle dévolu au Conseil de sécurité reste l'une des garanties essentielles que le Statut apporte à ce que la non appartenance des Etats à la Cour pénale internationale n'exacerbe pas l'impunité, compte tenu du rôle dissuasif que peut jouer cette institution en mettant les États sous la menace de poursuites et d'une pression politique plus contraignante¹⁵⁵.

CONCLUSION

Sur le plan normatif, le retrait des États du Statut de Rome est conforme à ce dernier ainsi qu'aux dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités ; il exprime de ce point de vue la souveraineté des États. Sur le plan objectif, la mise en œuvre de ce droit s'exerce sans prendre en compte la situation des droits de l'homme au sein des États concernés. Pour autant, l'article 127 du Statut prive le retrait avec effet rétroactif

154 Ghazali, *supra* note 143, p. 144.

155 Maria Lusía Césoni et Damien, «Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité, une justice politisée» (2012) 25 : 2 RQDI 37, p. 71.

et prescrit une obligation de coopérer qui permet en l'occurrence à la Cour de continuer son activité judiciaire nonobstant la survenance du retrait à l'égard des États comme le Burundi. La conjonction de tous ces éléments permet d'affirmer en conclusion que l'ordre conventionnel romaniste a comme tout ordre juridique ses variantes structurelles voire culturelles¹⁵⁶. Finalement toute querelle entre une vision pragmatique (objectivisme) et une vision idéologique (volontarisme) n'est plus de mise et il faut s'en tenir à la bonne foi des acteurs¹⁵⁷. Le Statut n'avait pas à se conformer à un modèle de référence pour s'imposer des limites qui n'étaient pas nécessaires pour cadrer le retrait vu le contexte de création de la Cour ; par ailleurs une adhésion plus large au traité dû-t'elle avoir pour enjeu une meilleure représentativité géographique et assurer que les grands systèmes juridiques soient représentés¹⁵⁸ ne permet pas au retrait de priver le Statut de son but ou de son objet. La place qu'occupe la Cour au sein de la société internationale souligne l'importance de ses missions qui la contraignent, au-delà des difficultés, à inscrire son action à la fois sur le long terme nécessaire pour asseoir son universalité et sur un temps plus court imposé par les besoins immédiats liés à la recherche de la paix et de la sécurité tout en garantissant une certaine forme de prévention et de punition sans verser dans la répression.

156 Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

157 Affaires des Essais nucléaires (Australie c/ France), CIJ [1974], rec. 253.

158 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, n° 22A, *supra* note 25, p. 9.

CHRONIQUE

Chronique de droit des finances publiques et de droit public économique (1^{er} janvier au 31 décembre 2019)

Errol TONI

*Docteur en droit public
Centre d'études et de recherches
sur l'administration et les finances
(Université d'Abomey-Calavi)
Équipe de droit public
(Université Jean Moulin – Lyon 3)*

INTRODUCTION

La Cour constitutionnelle du Bénin, fidèle à sa prolificité jurisprudentielle, a rendu de nombreuses décisions au cours de l'année 2019. Cinq-cent-trente-trois décisions ont ainsi été recensées dans le cadre de cette chronique.

Parmi ces décisions, de nombreuses sont intéressantes au regard de leur caractère inédit. C'est, par exemple, le cas de la décision ayant consacré la toute première révision aboutie de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990. La Cour y a eu l'occasion de préciser l'étendue de son contrôle en ce qui concerne les lois de révision constitutionnelle¹. D'autres sont intéressantes en ce qu'elles clarifient ou confirment des positions antérieures de la

¹ DCC 19-504 du 6 novembre 2019 : « Pour examiner la conformité à la Constitution de la loi de révision, la haute Juridiction procède alors, d'une part, au contrôle du respect par l'Assemblée nationale de la procédure de révision conformément aux articles 154 et 155 de la Constitution et, d'autre part, au contrôle du respect par la représentation nationale des dispositions énoncées à l'article 156 de la Constitution ; qu'en cas de nécessité, la Cour constitutionnelle procède également à la correction de toute erreur matérielle ou formelle ».

haute Juridiction. C'est le cas de l'intégration des dispositions des lois organiques et du règlement intérieur de l'Assemblée nationale au bloc de constitutionnalité², de l'obligation pour les juridictions de se prononcer dans un délai raisonnable³, de la nécessaire conciliation des normes concurrentes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité⁴, etc.

Dans le cadre de la présente chronique, les décisions qui intéressent sont celles relatives au droit des finances publiques et au droit public économique. À l'examen, il apparaît peu de décisions dans lesquelles la Cour s'est prononcée au fond sur des questions relevant de ces deux disciplines. En effet, dans plusieurs cas, elle a décliné sa compétence parce que l'affaire ressortait d'un contrôle de légalité⁵. Dans d'autres cas, elle a constaté le désistement du requérant⁶ ou a jugé la requête irrecevable⁷.

En tout état de cause, à la lecture des décisions de fond portant sur ces deux matières, il ressort une double articulation de la

2 DCC 19-065 du 7 février 2019 : « *les lois organiques votées par l'Assemblée nationale font partie intégrante du bloc de constitutionnalité (...)* » et DCC 19-316 du 05 septembre 2019 : « *l'article 71 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale, qui fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité (...)* »

3 DCC 19-001 du 4 janvier 2019 : « *Cette violation du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable crée des préjudices aux dépens des titulaires de ce droit et ouvre à leur profit le droit au dédommagement* ». Voir aussi DCC 19-455 du 05 septembre 2019.

4 DCC 19-114 du 28 mars 2019 : « *Lorsque le législateur protège, comme en l'espèce, des valeurs différentes et concurrentes, il appartient à la haute Juridiction de faire rechercher la valeur la plus élevée (...)* ».

5 DCC 19-006 du 4 janvier 2019 (attribution d'un marché public par la mairie de Péhunco), DCC 19-072 du 14 février 2019 et DCC 19-077 du 21 février 2019 (restauration d'un contrat de marché public et passation des marchés publics en mode de gré à gré par le gouvernement) et DCC 19-231 du 16 mai 2019 (réglementation par un maire de la fabrication et la commercialisation des boissons frelatées dans sa zone de compétence).

6 DCC 19-004 du 4 janvier 2019 (conflits dans l'exécution d'un marché public) et DCC 19-252 du 18 juillet 2019 (mise en œuvre d'une procédure de redressement fiscal).

7 DCC 19-051 du 17 janvier 2019 (instauration d'une contribution sur la consommation des services de communication électronique fournis par les réseaux ouverts au public en République du Bénin).

jurisprudence. D'une part, le juge manifeste une volonté louable de clarification conceptuelle. Celle-ci demeure toutefois perfectible (I). D'autre part, le juge confirme, fort opportunément, certaines prérogatives gouvernementales (II).

I- UNE VOLONTÉ PERFECTIBLE DE CLARIFICATION CONCEPTUELLE

« *Quelle utilité peuvent avoir les mots si nous ne les utilisons pas avec précision ?* »⁸. En effet, les mots semblent inutiles, voire nuisibles, s'ils sont utilisés de manière maladroite. C'est sans doute ce qui a conduit la Cour à opérer un certain nombre de clarifications conceptuelles en 2019. Deux retiendront l'attention. Elles sont relatives au crime économique et à la redevance.

A- Le crime économique

La loi n° 2018-16 du 28 décembre 2018 portant code pénal en République du Bénin dispose, en son article 1^{er}, que le crime est « *l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante* ». On conviendra du caractère sibyllin de cette définition pour les profanes du droit pénal. Plus encore, il ressort de l'examen de la plupart des textes de droit béninois⁹ une relative indéfinition de la notion de « crime économique ».

8 N. I. BERG, *Un thé sur le divan bleu*, Paris, Robert LAFFONT, 2007, p. 65.

9 Dont la loi portant code pénal précitée, la loi n° 2018-13 du 02 juillet 2013 modifiant et complétant la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin modifiée et création de la cour de répression des infractions économiques et du terrorisme ; la loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin et la loi n° 2020 - 09 du 23 avril 2020 portant création, mission, organisation et fonctionnement du Haut-Commissariat à la prévention de la corruption en République du Bénin.

Cette remarque vaut également pour de nombreux dictionnaires et lexiques, qu'ils soient de caractère juridique ou économique¹⁰. Or, ce vide définitionnel est susceptible de donner lieu à des abus comme l'attestent les décisions DCC 19-184 du 18 avril 2019 et DCC 19-220 du 9 mai 2019.

Dans les deux espèces, les faits sont quasiment identiques. Des détenus à la prison civile de Lokossa, poursuivis pour un vol de numéraires et de bijoux, forment un recours en inconstitutionnalité pour détention arbitraire au regard de l'article 147 du code de procédure pénale, de l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En effet, l'article 147 du code de procédure pénale fixe des délais maximaux pour la mesure de détention provisoire (cinq ans en matière criminelle et trois ans en matière correctionnelle). Les deux requérants, qui ont été privés de liberté au-delà du délai légal, demandent alors à la Cour de constater le caractère arbitraire de leur détention. Interrogé lors de l'instruction de l'affaire, le procureur de la République rétorque qu'il s'agit d'un crime économique et que, dès lors, l'article 147 ne saurait recevoir application¹¹. Ce point de vue n'a pas été celui de la Cour. Pour elle, « *un tel vol ne saurait s'assimiler à un crime économique qui est essentiellement caractérisé par une atteinte aux ressources ou à l'ordre économique national* ».

10 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, 1092 p ; S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2018, 1210 p. ; Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État (France), *Lexique administratif*, Paris, 2004, 204 p. ; Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest, *Lexique des principaux termes économiques, monétaires et financiers usités par la BCEAO*, 2019, en ligne : <http://bceao.int/fr/publications/lalphabet-economique-de-la-bceao>, consulté le 10 octobre 2020 ; etc.

11 Cet article prévoit une différence de traitement pour les crimes économiques. Celle-ci semble même plus favorable puisqu'il est édicté qu'« *en matière de crimes économiques, l'inculpé peut être poursuivi sans mandat s'il offre, soit de consigner immédiatement la moitié des fonds mis à sa charge, soit s'il justifie des biens réels mobiliers et immobiliers suffisants qu'il affecte en garantie par acte notarié* ».

Ce décidant, la Cour a procédé à une restriction du champ du « crime économique ». Cette restriction est bienvenue au regard du flou relatif de ce concept et des importantes conséquences d'une indéfinition sur la liberté des citoyens. Cependant, avec le recul, il convient d'émettre quelques réserves. En effet, du raisonnement de la haute Juridiction, il apparaît que deux principaux éléments alternatifs sont définitoires du crime économique : l'atteinte aux ressources et celle à l'ordre économique national. Ces éléments ne sont pas d'une limpidité absolue. Toutes les formes de ressources sont-elles concernées ? Que faut-il exactement entendre par « ordre économique national » ? De ce point de vue, il aurait été souhaitable que le juge approfondisse son effort de clarification, effort qui a également été déployé en ce qui concerne le mot « redevance ».

B- La redevance

Il est habituel que la redevance soit définie par opposition à l'impôt, c'est-à-dire en faisant ressortir l'absence de contrepartie directe au niveau de cette dernière¹². Saisie pour se prononcer sur la qualification juridique des tarifs de péage instaurés par le gouvernement¹³, c'est ce procédé que la Cour constitutionnelle semble avoir privilégié. Elle a ainsi jugé que « *la redevance est une taxe ou une somme due en contrepartie d'une concession, d'une utilisation du domaine public, d'un ouvrage public ou d'un service public ou encore d'un avantage particulier, à la différence de l'impôt perçu par voie d'autorité selon les facultés*

12 M. BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ, 2012, p. 28.

13 En réalité, la saisine porte, *in fine*, sur la capacité du gouvernement à instaurer le prélèvement contesté (tarifs de péage). Au regard de l'article 98 de la Constitution, cette capacité est consacrée pour les impôts, mais non pour les prélèvements voisins comme les redevances. La qualification juridique du prélèvement en cause était donc un préalable indispensable pour le juge.

contributives de chacun, couvrant globalement l'ensemble des charges occasionnées par le fonctionnement des services publics et qui est sans contrepartie identifiable »¹⁴. Par voie de conséquence, elle a déduit qu'« en l'espèce, la perception de droits de péage qui sont des droits de passage versés par l'utilisateur d'un ouvrage public, notamment routier, en contrepartie de son utilisation, ne saurait être analysée comme une imposition au sens de l'article 98, tiret 7 de la Constitution en ce que ces droits constituent une contrepartie du service effectivement rendu aux usagers ».

On ne peut qu'être en accord avec cette déduction du juge : les droits de péage ne sont pas un impôt¹⁵ parce qu'ils donnent lieu à une contrepartie en termes d'usage d'une infrastructure routière. Mais, entre cette déduction et l'affirmation suivant laquelle les droits de péage sont une redevance, il y a un pas qui ne devrait être franchi qu'au terme d'une analyse supplémentaire¹⁶. En effet, il existe un autre prélèvement qui n'admet pas de contrepartie et qui n'est pas non plus un impôt : la taxe. Or, en lisant la décision du juge, il n'apparaît pas la réfutation de ce que le prélèvement contesté n'est pas une taxe¹⁷. Cette réfutation aurait pu être opérée en invoquant le critère de l'équivalence entre le montant à payer et la valeur de la prestation. Pour rappel, ce critère avait été posé par le Conseil d'État français dans un arrêt de principe portant

14 DCC 19-317 du 05 septembre 2019.

15 Sur la définition de l'impôt dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise, on pourra lire les décisions DCC 06-108 du 11 août 2006, DCC 12-144 du 19 juillet 2012 et DCC 13-135 du 17 septembre 2013.

16 Cette analyse n'apparaît pas non plus dans la décision DCC 18-233 du 22 novembre 2018. Le juge se limite à l'existence d'une contrepartie identifiable pour qualifier le prélèvement de « taxe ». Une lecture croisée de cette décision et de celle DCC 19-317 du 05 septembre 2019 pourrait d'ailleurs faire accroire que les mots « taxe » et « redevance » sont synonymes.

17 Un autre aspect important semble avoir été occulté par le juge. Le prélèvement a été institué par un communiqué (n° 2847/MIT/DC/SGM/DGI/FR/SA du 29 juin 2018). Doit-on en déduire que, dès lors que l'instauration de la redevance a été effectuée par le pouvoir réglementaire, la forme utilisée importe peu ?

sur des redevances dans le secteur aérien¹⁸. Suivant ce dernier, en matière de redevance, il doit y avoir une équivalence entre le montant à payer et la valeur de la prestation. C'est ce qui fait dire que la redevance est payée en contrepartie de l'utilisation du service public alors que la taxe est simplement payée en contrepartie de sa mise à disposition, peu importe que le payeur en ait véritablement joui ou non.

Dans le même sens, une ambiguïté ressort de la décision DCC 19-472 du 3 octobre 2019 où le juge a validé la qualification de « taxe parafiscale » attribuée par le Secrétaire général du gouvernement à un prélèvement opéré sur les exportations de noix de cajou. Cette qualification est surprenante en ce sens où, suivant les exigences légales qui sont d'ailleurs rappelées dans la décision, une telle taxe ne peut être prélevée au profit de l'État. Or, en l'espèce, c'est bien le cas. Plus encore, le décret instituant ledit prélèvement¹⁹ évoque plutôt « *une redevance dédiée au financement des actions de promotion de la filière cajou* » et sur la base de laquelle « *l'État pourvoit au financement des charges d'organisation et de promotion de la filière cajou et aux diverses activités de contrôle* ».

Au-delà de la clarification conceptuelle, l'action de la Cour constitutionnelle a été marquée par une clarification des compétences institutionnelles. Plus exactement, elle a procédé à la confirmation de certaines prérogatives reconnues au gouvernement.

18 CE, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens. Il faut toutefois signaler que ce critère a connu des évolutions. Pour approfondir, voir le numéro 118 de la *Revue française de finances publiques* (2012) et l'arrêt du Conseil d'État français, 7 octobre 2009, Société d'équipements de Tahiti et des îles.

19 Décret n° 2017-343 du 6 juillet 2017 portant instauration d'un prélèvement supplémentaire sur les exportations de noix de cajou en République du Bénin, articles 1^{er} et 2.

II- UNE CONFIRMATION DE PRÉROGATIVES GOUVERNEMENTALES

Il convient de préciser que ce ne sont pas seulement les prérogatives du gouvernement qui sont protégées par la Cour. La découverte du principe constitutionnel de non-immixtion²⁰ avait d'ailleurs clairement annoncé une ère jurisprudentielle de protection du domaine réservé de chacun des pouvoirs publics. En 2019, ce principe a été, à maintes reprises²¹, sollicité à cette fin.

La focalisation sur les prérogatives gouvernementales est liée à l'objet de la présente chronique qui est cantonnée au droit public économique et à celui des finances publiques. Dans chacun de ces deux champs disciplinaires, la Cour a, au cours de la période de référence, confirmé une prérogative essentielle du gouvernement. Dans le premier cas, il s'agit de la régulation de l'activité économique (A). Dans le second, il est question de la préparation du projet de loi de finances (B).

20 DCC 18-142 du 28 juin 2018, DCC 18-156 du 31 juillet 2018, DCC 18-184 du 18 septembre 2018, DCC 18-197 du 02 octobre 2018, DCC 18-204 du 11 octobre 2018, etc. De manière générale, sur les normes de référence non écrites au niveau de la Cour constitutionnelle du Bénin, on pourra lire E. TONI, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue Afrilex*, 2020, 30 p., en ligne : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Afrilex_TONI_Error_Les_PVC_au_Benin.pdf, consulté le 14 septembre 2020 ; E. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *RDP*, n° 6, 2018, pp. 1705 et ss. ; E. NGANGO YOUNBI et R. SANDJE, « L'émergence d'une catégorie nouvelle de principes jurisprudentiels au Bénin : les impératifs constitutionnels », *RDP*, n° 5, 2020, pp. 1351 et ss. ; H. AKEROKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Revue Afrilex*, 2016, 44 p., en ligne : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Le_bloc_de_constitutionnalite.pdf, consulté le 24 décembre 2018 ; A. KPODAR, « L'impératif constitutionnel », *RCC*, n° 001, 2019, pp. 101-125.

21 Voir, entre autres, DCC 19-081 du 28 février 2019, DCC 19-270 du 22 août 2019 et DCC 19-303 du 29 août 2019.

A- La régulation de l'activité économique

De manière courante, la régulation est l'action de réguler, de rendre régulier. Il s'agit d'un ensemble de moyens et de techniques permettant de maintenir un système complexe en équilibre ou à un niveau souhaité, l'objectif étant d'en assurer le fonctionnement optimal.

D'Adam SMITH²² à John-Maynard KEYNES²³, l'intervention de l'État au niveau de l'économie a été diversement appréciée. D'abord décriée (thèse de l'État libéral), cette intervention a ensuite été posée comme nécessaire, surtout en période de crise (thèse de l'État interventionniste)²⁴. Aujourd'hui, un équilibre semble être trouvé entre ces deux figures de l'État : l'intervention de l'État est globalement admise, mais dans le respect d'une certaine liberté des acteurs économiques. C'est cette nouvelle figure de l'État que certains auteurs qualifient d'État régulateur²⁵.

C'est en y recourant que le gouvernement béninois a décidé, lors du Conseil des ministres du 14 mars 2018, de suspendre pour une durée de six mois les activités de l'ordre des pharmaciens. Il était reproché à cet ordre des défaillances dans son fonctionnement et l'implication de certains de ses membres dans une affaire de vente de médicaments falsifiés, d'exercice illégal en pharmacie, de complicité d'exercice illégal en pharmacie et de complicité

22 A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, éditions CDBF, 1776, 638 p.

23 J. M. KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Paris, Payot, 2017 (réédition), 493 p.

24 Voir S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 20-33.

25 J. SILICANI, « L'État régulateur », in F. ROUVILLOIS (dir.), *Vers l'État optimal*, Paris, La Documentation française, 2012, pp. 87-89 et B. LASSERE, *L'État régulateur*, communication présentée lors d'une rencontre à l'École nationale d'administration (France), 25 janvier 2009, 9 p.

de fournitures de produits médicaux contrefaits. L'affaire faisait d'ailleurs l'objet d'une procédure judiciaire.

À cette étape, il est intéressant de remarquer que, malgré le caractère « économique » de l'affaire, ni les requérants ni la Cour n'ont véritablement invoqué des principes constitutionnels économiques. Or, la liberté du commerce et de l'industrie aurait pu être utilement invoquée par les requérants. La Cour aurait alors pu compléter sa jurisprudence antérieure, où elle a rappelé la garantie constitutionnelle de cette liberté²⁶, par la consécration du caractère non absolu de cette liberté²⁷. Est-ce là une manifestation du faible ancrage des principes constitutionnels économiques dans le subconscient des requérants et du juge ?

Quoi qu'il en soit, le juge, en se fondant sur les griefs invoqués par les requérants et les principes constitutionnels classiques a reconnu le bien-fondé de la prérogative gouvernementale d'édiction de mesures conservatoires. De manière plus précise, il a estimé que *« la mesure de suspension de l'ordre des pharmaciens est une mesure provisoire d'urgence prise dans un but d'intérêt public ; qu'elle n'est en aucun cas tributaire du caractère définitif ou non du jugement de condamnation rendu par le tribunal de première instance de Cotonou le 13 mars 2018 ; qu'elle pouvait même valablement être prise avant même ce jugement ou indépendamment du jugement »*²⁸. En l'espèce, la mesure provisoire édictée se trouve être une mesure de régulation de l'activité économique. Le pouvoir du gouvernement de disposer à

26 Avis n° CC-001/98 du 19 novembre 1998.

27 En droit comparé, diverses restrictions à cette liberté sont posées par les articles 101 à 103 de la Constitution suisse, l'article 41 de la Constitution italienne et l'article 128 de la Constitution espagnole. Voir aussi Cour suprême (États-Unis), arrêt du 20 février 1911, *Chicago, Burlington et Quincy R. Co v. McGuire* ; Conseil d'État (France), arrêts du 15 mai 2006, *Sté SIEGA* et du 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris* ; etc.

28 DCC 19-008 du 4 janvier 2019.

cet effet se trouve ainsi conforté, peu importe qu'il s'agisse d'une personne « *sui generis* »²⁹. Il en a été de même en ce qui concerne l'élaboration du projet de loi de finances.

B- La préparation du projet de loi de finances

Par une requête en date du 25 février 2018, la haute Juridiction a été saisie pour, entre autres, constater que « *le gouvernement s'est approprié à tort le droit d'amendement exclusivement réservé aux députés par l'article 103 de la Constitution en modifiant l'alinéa 7 de l'article 1108 nouveau et 10 de l'article 1165 (du code général des impôts) dans le texte du projet adopté comme loi n° 2017-40 du 29 décembre 2017 portant loi de finances pour la gestion 2018* ». En réalité, les articles cités du code général des impôts prévoyaient la possibilité pour un contribuable, en cas de contestation des modalités de détermination de son impôt, de fournir une caution bancaire de 25% du montant contesté. C'est cette possibilité qui a été supprimée dans le projet de loi de finances. Elle a été remplacée par « *un cautionnement valant paiement cash au Trésor public* » de même montant.

Dans sa décision, la Cour a jugé que « *le Gouvernement en prévoyant dans la loi de finances exercice 2018, le versement direct de 25% du montant du redressement querellé au Trésor public, contrairement à un cautionnement du même taux, que prévoyait les lois de finances antérieures, n'a fait qu'exercer les prérogatives à lui reconnues par les dispositions des articles 103, 106 et 109 de la Constitution ; qu'il ressortit en effet des dispositions desdits articles qu'il revient exclusivement*

²⁹ Il s'agissait d'un ordre professionnel, c'est-à-dire (suivant les termes de la Cour dans la décision précitée) d'« *une structure exécutant une mission de service et regroupant, de manière obligatoire, tous les membres de certaines professions et chargée de veiller à la qualité des prestations effectuées par ses membres* ».

au Gouvernement d'élaborer en toute liberté le projet de loi de finances et il revient au parlement de le modifier s'il le souhaite ; qu'on ne saurait par conséquent faire grief au Gouvernement d'avoir en lieu et place d'une caution, prévu un paiement direct ; qu'il n'y a donc pas violation du texte visé ».

À travers cette décision, la Cour rappelle avec force une évidence martelée par la doctrine financière : l'élaboration du projet de loi de finances fait l'objet d'un monopole gouvernemental³⁰. L'intervention d'autres acteurs dans cette préparation, même lorsqu'elle est légalement prévue³¹, demeure purement consultative et ne saurait priver le gouvernement du pouvoir de décision qu'il détient en la matière. Pour justifier cette exclusivité, la doctrine invoque deux sortes d'arguments. D'une part³², il est relevé que c'est le pouvoir exécutif qui détermine et conduit la politique de la nation, étant entendu que la loi de finances est « *la traduction financière de sa vision politique* »³³, « *l'expression privilégiée de sa politique* »³⁴, ou encore le « *programme financier de la puissance publique* »³⁵. D'autre part, il est mis en évidence le fait que le budget moderne ait gagné en complexité et soit devenu le

30 Pour une synthèse sur cette question, on pourra lire, entre autres, E. TONI, *L'autorisation budgétaire dans le droit financier ouest-africain francophone*, thèse de doctorat en droit, Universités Jean Moulin – Lyon 3 et d'Abomey-Calavi, 2015, pp. 70 et ss.

31 À titre d'exemple, le Parlement intervient dans le cadre du débat d'orientation budgétaire (article 59 de la loi n° 2013-14 du 27 septembre 2013 portant loi organique relative aux lois de finances).

32 Les arguments invoqués dans ce cadre ont été récapitulés par monsieur Raymond MUZELLEC au moyen du syllogisme suivant : « *Le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation (...); or, par-dessus tout, le budget exprime cette politique, donc le budget ne peut être que l'œuvre du gouvernement* ».

33 M. BOUVIER, M. C. ESCLASSAN et J. P. LASSALE, *Finances publiques*, Paris, LGDJ, 2015, p. 261.

34 P. M. GAUDEMET, « Budget et gouvernement », in L. PHILIP (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991, p. 191.

35 P. LLAU, « Budget (notion économique) », in L. PHILIP (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991, p. 180.

réceptacle de politiques non plus seulement financières (au sens « jézien » de la couverture des charges publiques), mais aussi économiques et sociales. Par voie de conséquence, sa préparation nécessite une expertise qui, hormis de très rares cas³⁶, n'est pas détenue par un parlement.

CONCLUSION

En définitive, du point de vue de la jurisprudentielle constitutionnelle, l'année 2019 a été riche d'enseignements. Comme relevé ci-dessus, certains sont relatifs aux interventions économiques et financières des personnes publiques.

Au-delà des certitudes et dans une approche teintée de maïeutique, il est possible de s'interroger sur certaines prises de position de la haute Juridiction. À titre d'illustration, dans la décision précitée du 28 mars 2019, elle a jugé que le remplacement de la caution bancaire par un versement direct de même montant ne constitue pas une restriction de la liberté d'accès à la justice garantie par l'article 7.1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle a justifié cette position par le fait que « *la loi querellée ainsi que le code général des impôts organisent le recours du contribuable devant la juridiction compétente en cas de violation de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples* ». Certes, des recours sont effectivement prévus. Mais, l'allègement des conditions d'accès au prétoire du juge n'est-il pas une des conditions d'effectivité de ces recours ? À titre de comparaison, n'est-ce pas cette facilité d'accès au juge qui a fait la célébrité du recours pour excès de pouvoir au point d'être décrit par Gaston JÈZE comme l'« *arme la plus efficace*,

36 C'est notamment le cas du Congrès des États-Unis.

*la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour
défendre les libertés »³⁷ ?*

37 G. JÈZE, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 180.

**JURISPRUDENCE
CONSTITUTIONNELLE**

DECISION DCC 20-423

DU 09 AVRIL 2020

« ... Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi ; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement » ;

Les prolongations de détention provisoire doivent intervenir dans les délais légaux prescrits et être notifiées à l'inculpé.

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête en date à Akpro-Misséréte du 09 décembre 2019, enregistrée à son secrétariat le 10 décembre 2019, sous le numéro 2108/369/REC-19, par laquelle monsieur Stanislas SINTON, en détention à la prison civile d'Akpro-Misséréte, forme un recours en inconstitutionnalité de sa détention provisoire ;

VU la Constitution ;

VU la loi n ° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï monsieur Joseph DJOGBENOU en son rapport ; Après en avoir délibéré,

Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 : « *Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus par cinq conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal* » ; que l'épidémie de coronavirus (Covid-19) constitue un cas de force majeure qui habilite la Cour à statuer avec seulement quatre de ses membres ;

Considérant que monsieur Stanislas SINTHON expose qu'il est en détention depuis le 21 juillet 2016, pour association de malfaiteurs et vol à mains armées ; qu'il affirme que douze (12) mois après son incarcération il a été présenté au juge du 4ème cabinet d'instruction du tribunal de première Instance de première classe de Porto-Novo; que depuis lors, son titre de détention n'a plus été prolongé et qu'en outre, il n'a pas été présenté devant une juridiction de jugement ; qu'il estime qu'il y a violation de la Constitution et demande en conséquence qu'il soit mis en liberté d'office ;

Considérant que le juge du 4ème cabinet d'instruction du tribunal de première Instance de première classe de Porto-Novo invité à faire tenir à la Cour ses observations, n'a pas répondu ;

Vu l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ;

Considérant que l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, énonce que : « ... *Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi ; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement* » ; que l'alinéa 4 de l'article 14 7 et l'alinéa 2 l'article 153 du code de procédure pénale disposent que les prolongations de détention provisoire doivent intervenir dans les délais légaux prescrits et être notifiées à l'inculpé ;

Considérant qu'il résulte des éléments du dossier et de l'absence de la réponse du juge d'instruction contredisant les allégations du requérant que la détention est devenue sans titre ; qu'il y a lieu de dire que la détention est arbitraire ;

EN CONSEQUENCE,

Dit que la détention de monsieur Stanislas SINTON est arbitraire. La présente décision sera notifiée à monsieur Stanislas SINTON, à monsieur le juge du 4ème cabinet d'instruction du tribunal de première Instance de première classe de Porto-Novo, à monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la Justice et de la Législation et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le neuf avril deux mille vingt,

Monsieur	Joseph DJOGBENOU	Président
Messieurs	André KATARY	Membre
	Fassassi MOUSTAPHA	Membre
	Sylvain M. NOUWATIN	Membre

DECISION DCC N°20- 434

DU 30 AVRIL 2020

La simple entrée en vigueur d'un engagement international ne suffit pas à produire des effets de droit à l'égard de l'Etat Béninois. La ratification et la publication sont deux conditions indissociables à l'insertion des traités dans l'ordonnancement juridique béninois.

Il en est de même pour un amendement normatif, substantiel et modificatif des lois internes de l'Etat, intervenu, en ce qu'il étend le champ d'abdication de la souveraineté de l'Etat par celui-ci. Un tel amendement ne peut donc être ratifié et par suite engager l'Etat béninois que sur autorisation de l'Assemblée nationale puis, après promulgation et publication au journal officiel...

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête en date à Cotonou du 23 mars 2020 enregistrée à son secrétariat le 31 mars 2020 sous le numéro 0822/346/REC-20, par laquelle monsieur Michel AHOHOU, domicilié à Gbèdégbé, 09 BP 175 Cotonou, forme un recours en « annulation de toutes les décisions rendues par la CJC à l'égard du Bénin sur le fondement de l'article 9 du Protocole additionnel A/SP.1/01/05. »;

VU la Constitution;

VU la loi n ° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée le 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle;

Ensemble les pièces du dossier;

Ouï messieurs Sylvain Messan NOUWATIN et Joseph DJOGBENOU en leur rapport ;

Après en avoir délibéré,

Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la loi n ° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 : « *Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus par cinq conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal* » ; que l'épidémie du coronavirus constitue un cas de force majeure qui habilite la Cour à statuer avec seulement quatre de ses membres ;

Considérant que le requérant expose que l'Etat du Bénin a été poursuivi devant la Cour de justice de la Communauté économique des Etas de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et a été condamné à plusieurs reprises du chef de manquements aux instruments communautaires de protection des droits humains, sur le fondement de l'article 9 du protocole additionnel A/

SP.1/01 / 05 du 19 janvier 2005 portant amendement du préambule, des articles 1, 2, 9, 22 et 30 relatif à la Cour de justice de la communauté (CJC), ainsi que de l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise dudit protocole ;

Considérant qu'il développe que le protocole originaire A/P.1/7 /91 signé et ratifié par le Bénin incluait dans le domaine de compétence de la Cour de justice de la communauté (CJC) les différends entre un ou plusieurs Etats membres et les institutions de la Communauté à l'occasion de l'interprétation ou de l'application des dispositions du Traité et que les recours individuels contre les Etats membres n'étaient pas admis devant la CJC avant la modification, le 19 janvier 2005, par le protocole additionnel A/SP.1/01/05 de l'article 9 grâce à laquelle la CJC devient compétente « *pour connaître des cas de violation de droits de l'Homme dans tout Etat Membre ...* »; qu'il précise que cet amendement est modificatif des lois internes, en ce qu'il étend le champ d'abandon par l'Etat de sa souveraineté, et n'a pas été ratifié par l'Etat béninois en vertu d'une loi comme le prescrit l'article 145 alinéa 1 de la Constitution selon lequel les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale qui « *modifient les lois internes de l'Etat ... ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi* » ; qu'il sollicite en conséquence de la Cour de juger que ce protocole n'est pas applicable au Bénin et de déclarer nulles et non avenues à son égard toutes les décisions rendues par la Cour de justice de la CEDEAO sur le fondement dudit protocole ainsi que l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise ;

Considérant que l'Assemblée nationale observe, par l'organe de son secrétaire général administratif, qu'elle n'a jamais été saisie par le Gouvernement aux fins d'autorisation de ratification du protocole et par conséquent n'a pas autorisé sa ratification; que pour sa part, le ministre des Affaires étrangères et de la Coopération relève que l'article 11 du protocole prévoit qu'il « *entre en vigueur à titre provisoire dès sa signature* » et « *entrera définitivement en vigueur dès sa ratification par au moins neuf (09) Etats signataires, conformément aux règles constitutionnelles de chaque Etat membre* » en précisant que l'entrée en vigueur provisoire et l'entrée en vigueur définitive emportent les mêmes conséquences juridiques, le texte étant applicable à tous les Etats qui l'ont signé ; qu'il ajoute que si le Bénin a signé le protocole, il ne l'a pas ratifié et invoque l'article 145 de la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle fondée sur l'article 14 7 de la même Constitution qui soumettent l'entrée en vigueur d'un traité au Bénin à la double condition de sa ratification et de sa publication ;

Que le Garde des Sceaux, ministre de la Justice et de la Législation fait valoir que l'article 11 alinéa 2 du protocole prévoit qu'il « *entrera définitivement en vigueur dès sa ratification par au moins neuf (9) Etats signataires, conformément aux règles constitutionnelles de chaque Etat membre* », mais que le Bénin ne l'a pas ratifié ; qu'en outre, en érigeant la Cour de justice communautaire en juge supranational de la violation des droits humains commise au Bénin, ce Protocole additionnel modifie l'organisation des juridictions et les lois internes

qui les régissent et ne peut dès lors être ratifié que conformément à l'article 145, alinéa 1 de la Constitution au moyen d'une habilitation légale qui n'a pas eu lieu ;

Vu les articles 1er, 3 alinéa 2, 35, 145 à 149 de la Constitution ;

Considérant que les articles 1er et 3, alinéa 2 de la Constitution disposent successivement que « *L'Etat du Bénin est une République indépendante et souveraine* » et que « *La souveraineté s'exerce conformément à la ... Constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat* » ; que cependant, et dans le but de réaliser l'intégration régionale ou sous régionale à laquelle il s'est engagé dans le préambule et à l'article 149 de sa Constitution, l'Etat du Bénin peut consentir à un abandon partiel de souveraineté sur des matières objet de traités ou d'accords internationaux; que la Constitution consacre notamment les dispositions de ses articles 145 à 149 à ces traités et accords internationaux ; que selon les termes de l'article 145 de la Constitution « *Les traité de paix} les traités ou accords internationaux} ceux qui modifient les lois internes de l'Etat... ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi* » ; que par suite, la simple entrée en vigueur d'un engagement international ne suffit pas à produire des effets à l'égard de l'Etat béninois ;

Considérant qu'il est de principe que les engagements contenus dans les conventions internationales, les traités, les accords ou actes additionnels ou les protocoles qui les modifient ne prennent définitivement effet à l'égard de l'Etat que lorsqu'ils sont régulièrement transposés

dans l'ordre interne et qu'ils préservent les droits fondamentaux conférés à la personne par la Constitution et la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples ;

Considérant que sans la ratification, le processus par lequel l'Etat béninois a entendu, en ce qui concerne le protocole, limiter sa souveraineté par sa soumission à cet engagement international ne peut être considéré comme ayant abouti et cette soumission ne peut être ni pleine ni totale ;

Que sur le fondement de l'article 147 de la Constitution qui dispose « Les traités ou accords ***régulièrement ratifiés*** ont, ***dès leur publication***, une autorité supérieure à celle des lois », il a été affirmé que « la ratification et la publication sont deux conditions indispensables et indissociables à l'insertion des traités dans l'ordonnement juridique béninois» (**Décision DCC 02-050 du 30 mai 2002**) et en conséquence, que « la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 a été ratifiée par le Bénin le 30 août 1990 mais n'a jamais été publiée et n'entre donc pas dans le droit positif béninois » (**Décision DCC 03-009 du 13 février 2003**) ; qu'en effet, au sens de l'article 147 de la Constitution, non seulement un traité doit être ratifié, mais aussi publié ; qu'il s'ensuit que la ratification par la loi et la publication au Journal officiel constituent les deux conditions cumulatives indispensables et indissociables à l'insertion des traités dans l'ordonnement juridique béninois et privent

d'effet à l'égard de l'Etat du Bénin un instrument juridique conventionnel qui n'y satisfait pas ;

Considérant en l'espèce que l'article 9 du Protocole primaire (A/P. 1 /7 /91), fixait ainsi qu'il suit la compétence de la Cour de justice de la CEDEAO :

« 1. La Cour assure le respect du droit et des principes d'égalité dans l'interprétation et l'application des dispositions du traité.

« 2. Elle connaît en outre des différends dont elle est saisie conformément aux dispositions de l'article 56 du Trait, par les Etats Membres ou par la Conférence lorsque ces différends surgissent entre les Etats Membres ou entre un ou plusieurs Etats Membres et les Institutions de la Communauté, à l'occasion de l'interprétation ou de l'application des dispositions du Traité.

« 3. Un Etat Membre peut) au nom de ses ressortissants diligenter une procédure contre un autre Etat Membre ou une Institution de la Communauté) relative à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Traité) en cas d'échec des tentatives de règlement à l'amiable. »

« 4. La Cour a toutes les compétences que les dispositions du présent Protocole peuvent de manière spécifique) lui conférer. » ;

Considérant que la ratification de ce Protocole originaire signé à Abuja (République Fédérale du Nigéria) le 6 juillet 1991 par l'autorité compétente agissant au nom de la République du Bénin fut autorisée par

l'Assemblée nationale suivant la loi n° 97-021 portant autorisation de ratification du Protocole A/P / 1 /91 de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de Ouest (CEDEAO) relatif à la Cour de justice de la communauté et promulguée le 20 juin 1997; qu'à la lecture du texte de l'article 9, les recours individuels contre les Etats n'étaient pas admis devant la Cour de justice instituée par ce Protocole ;

Considérant en revanche, que le 19 janvier 2005, le Protocole additionnel (A/SP.1/01/05) portant amendement du préambule, des articles 1er, 2, 9, 22 et 30 du Protocole A/P1/7 /91 relatif à la Cour de justice de la Communauté, ainsi que l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise dudit Protocole modifie, ainsi qu'il suit l'article 9 sur la compétence de la Cour de justice de la CEDEAO :

« 1. La Cour a compétence sur tous les différends qui lui sont soumis et qui ont pour objet:

- a) L'interprétation et l'application du Traité, des Conventions et Protocole de la Communauté*
- b) L'interprétation et l'application des règlements, des directives, des décisions et de tous les autres instruments juridiques subsidiaires adoptés dans le cadre de la CEDEAO;*
- c) L'appréciation de légalité des règlements, des directives, des décisions et de tous autres instruments juridiques subsidiaires adoptés dans le cadre de la CEDEAO ;*

- d) *L'examen des manquements des Etats membres aux obligations qui leur incombent en vertu du Traité, des Convention et Protocoles, des règlements, des décisions et des directives ;*
 - e) *L'application des dispositions du Traité, Conventions et Protocoles, des Règlements, des directives ou des décisions de la CEDEAO;*
 - f) *L'examen des litiges entre la Communauté et ses agents*
 - g) *Les actions en réparation des dommages causés par une Institution de la Communauté ou un agent de celle-ci pour tout acte commis ou toute omission dans l'exercice de ses fonctions.*
- « 2. *La Cour est compétente pour déclarer engagée la responsabilité non contractuelle et condamner la Communauté à la réparation du préjudice causé, soit par des agissements matériels, soit par des actes normatifs des Institutions de la Communauté ou de ses agents dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.*
- « 3. *L'action en responsabilité contre la Communauté ou celle de la Communauté contre des tiers ou ses agents se prescrivent par trois (03) ans à compter de la réalisation des dommages.*
- « 4. *La Cour est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme dans tout Etat membre.*
- « 5. *En attendant la mise en place du Tribunal arbitral, prévu par l'Article 16 du Traité révisé, la Cour remplit également les fonctions d'arbitre.*

« 6. La Cour peut avoir compétence sur toutes les questions prévues dans tout accord que les Etats membres pourraient conclure entre eux, ou avec la CEDEAO et qui lui donne compétence.

« 7. La Cour a toutes les compétences que les dispositions du présent Protocole lui confèrent ainsi que toutes autres compétences que pourraient lui confier des Protocoles et Décisions ultérieures de la Communauté.

« 8. La Conférence des Chefs- d'Etat et de Gouvernement a le pouvoir de saisir la Cour pour connaître des litiges autres que ceux visés dans le présent article. ».

Considérant que l'amendement normatif ainsi intervenu, substantiel et modificatif des lois internes de l'Etat en ce qu'il étend le champ d'abdication par l'Etat de sa souveraineté ne peut être ratifié et, par suite engager l'Etat béninois que sur autorisation de l'Assemblée nationale, promulguée et publiée au journal officiel dans les mêmes termes et suivant les mêmes formes que le Protocole amendé ;

Considérant en effet que le protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 ne saurait être opposable à l'Etat du Bénin qu'à la suite de son introduction régulière dans l'ordre interne par un décret de ratification pris suite à une loi d'autorisation de ratification adoptée par l'Assemblée nationale, promulguée par le président de la République et publiée au journal officiel de la République du Bénin ; qu'en ce qu'il érige la Cour de justice communautaire en

juge supranational de la violation des droits humains censée être commise au Bénin et modifie l'organisation des juridictions nationales et les lois qui les régissent, ce protocole aurait dû être ratifié selon la procédure instituée à l'article 145, alinéa 1 de la Constitution; que ne l'ayant pas fait et ayant donné suite aux différentes procédures engagées sur le fondement de ce protocole, les gouvernements successifs de l'Etat ont privé leur action des devoirs de conscience, de compétence et de probité au sens de l'article 35 de la Constitution qui dispose que : « *Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une Jonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun* »; qu'enfin, les actes qui résultent de la mise en œuvre du protocole additionnel visé sont non avenus à l'égard du Bénin par application de l'article 3 al. 3 de la Constitution selon les termes duquel « *Toute loi) tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenus ...* »;

En conséquence,

Article 1er. - ***Dit*** que le protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 n'est pas opposable à l'Etat du Bénin pour n'avoir pas été ratifié en vertu d'une loi votée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée au Journal officiel.

Article 2.- Dit que les gouvernements successifs qui ont donné suite aux différentes procédures engagées sur le fondement du protocole additionnel de la CEDEAO A/

SP.1/01 / 05 du 19 janvier 2005 en l'absence d'une loi de ratification, promulguée et publiée au Journal officiel, ont violé l'article 35 de la Constitution.

Article 3.- Dit que tous les actes qui résultent de la mise en œuvre du protocole additionnel de la CEDEAO A/ SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 sont nonavenus à l'égard du Bénin.

La présente décision sera notifiée à monsieur Michel AHOHOU, à monsieur le Ministre des Affaires étrangères et de la Coopération, au Garde des Sceaux, ministre de la Justice et de la Législation, à monsieur le président de l'Assemblée nationale, à monsieur le président de la République, et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le trente avril deux mille vingt,

Messieurs	Joseph	DJOGBENOU	Président
	André	KATARY	Membre
	Fassassi	MOUSTAPHA	Membre
	Sylvain M.	NOUWATIN	Membre

DECISION DCC 20-468

DU 22 MAI 2020

Toute personne a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et a le devoir de le défendre. L'Etat veille à la protection de l'environnement.

L'installation d'une école primaire publique dans un espace marécageux où se pose le problème récurrent d'inondation en saison pluvieuse et qui, en outre, constitue un réceptacle d'eau dont le remblai provoquerait l'engloutissement des maisons environnantes est une violation de la Constitution par l'autorité publique qui en a la charge.

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête en date à Cotonou du 20 novembre 2019, enregistrée à son secrétariat à la même date sous le numéro 1982/346/REC-19, par laquelle monsieur Prosper ALLAGBE, demeurant à Cotonou, 01 BP 6160 Cotonou, forme un recours contre le silence de la mairie de Cotonou sur des cas de remblai d'écoles primaires publiques ;

VU la Constitution ;

VU la loi n ° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï madame C. Marie José de DRAVO
ZINZINDOHOUE en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 : « *Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus par cinq conseillers au moins) sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal* » ; que l'épidémie du coronavirus constitue un cas de force majeure qui habilite la Cour à statuer avec seulement quatre de ses membres ;

Considérant que le requérant expose que le défaut de remblai des écoles primaires publiques notamment de l'Ecole primaire publique d'Agla-Est à Cotonou est source d'insécurité environnementale pour leurs usagers surtout en temps de pluies torrentielles ; qu'il souligne l'inaction de la mairie de Cotonou en dépit des multiples relances et demande à la Cour de déclarer contraire à la Constitution le silence de cette dernière ;

Considérant qu'en réponse, le maire de la ville de Cotonou par intérim relève d'une part, l'incompétence de la Cour à connaître du dossier motif pris de ce que le recours tend à faire apprécier par la Cour le mauvais fonctionnement du service public communal et que le

requérant n'indique pas les droits violés par la commune, d'autre part, l'irrecevabilité du recours pour défaut de qualité de la mairie de Cotonou contre qui le recours est dirigé alors qu'elle est dépourvue de la personnalité juridique ; qu'enfin, il souligne le caractère mal fondé de la requête ; que les investigations ont révélé que le domaine de l'école primaire publique d'Agla-Est confronté au problème récurrent d'inondation en saison pluvieuse est marécageux et est aussi un réceptacle d'eau dont le remblai provoquerait l'engloutissement des maisons environnantes ; qu'en outre, des actions, notamment l'ouverture des tranchées, ont été menées à Agla-Est comme dans d'autres écoles pour permettre l'évacuation des eaux ;

Vu l'article 27 de la Constitution ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27 « *Toute personne a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et a le devoir de le défendre. L'Etat veille à la protection de l'environnement* » ; que dans l'espèce où il est établi par la ville de Cotonou qu'une école primaire publique est installée dans un espace marécageux où se pose le problème récurrent d'inondation en saison pluvieuse et qui, en outre, constitue un réceptacle d'eau dont le remblai provoquerait l'engloutissement des maisons environnantes, il y a lieu de dire qu'il y a violation de la Constitution ;

EN CONSEQUENCE,

Dit qu'il y a violation de la Constitution.

La présente décision sera notifiée à monsieur Prosper ALLAGBE, à monsieur le maire de la Ville de Cotonou et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt-deux mai deux mille vingt,

Messieurs	Joseph DJOGBENOU	Président
	Razaki AMOUDA ISSIFOU	Vice-Président
	Madame C. Marie-José de DRA VO ZINZINDOHOUE	Membre
Monsieur	Rigobert A. AZON	Membre

DECISION DCC 20-510 DU 18 JUIN 2020

Le président de la République dispose d'un délai de quinze (15) jours pour promulguer la loi à compter de la date de sa transmission par l'Assemblée nationale.

Le contrôle itératif de constitutionnalité d'une loi ne peut s'exercer qu'à l'occasion d'un recours *a posteriori* par voie d'action ou d'exception dans les termes de l'article 122 de la Constitution.

La Cour constitutionnelle déclare exécutoire, dans les conditions prévues à l'article 57 alinéas 6 et 7 de la Constitution, la loi déclarée conforme à la Constitution, non promulguée dans le délai de quinze (15) jours.

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête en date à Porto-Novo du 26 mai 2020, enregistrée à son secrétariat à la même date sous le numéro 1053/402/REC-20, par laquelle le président de l'Assemblée nationale, monsieur Louis Gbèhounou VLAVONOU, demande à la Cour de déclarer exécutoire la loi n ° 2019-05 portant organisation du secret de la défense nationale, votée par l'Assemblée nationale le 18 janvier 2019 ;

VU la Constitution ;

VU la loi n ° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée le 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï monsieur Joseph DJOGBENOU en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 : «*Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus par cinq conseillers au moins} sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal* » ; que l'épidémie du coronavirus constitue un cas de force majeure qui habilite la Cour à statuer avec seulement quatre de ses membres ;

Considérant que le requérant expose que l'Assemblée nationale a voté en sa séance du 18 janvier 2019 la loi n ° 2019-05 portant organisation du secret de la défense nationale en République du Bénin ; que cette loi, transmise au président de la République le 29 janvier 2019, n'a pas été promulguée alors qu'aucune demande de seconde délibération n'a été transmise à l'Assemblée

nationale ; que se fondant sur les dispositions de l'article 57 de la Constitution et 93 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale, il demande à la Cour de déclarer exécutoire ladite loi ;

Considérant qu'en réponse, le président de la République a, par l'organe du Secrétaire général du Gouvernement, et par correspondance en date à Cotonou du 17 juin 2020, soumis ses observations sur la loi sous examen, en exposant des insuffisances de forme et des contrariétés de fond dont il sollicite l'examen en dépit de la déclaration générale de conformité à la Constitution prononcée par décision DCC 19-116 du 28 mars 2019 ;

Considérant que cette démarche constitue une itérative demande de contrôle de constitutionnalité de la loi par le président de la République qui se fonde sur les décisions DCC 19-055 du 31 janvier 2019 et DCC 19-165 du 11 avril 2019 desquels il résulte, d'une part, que les dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 124 de la Constitution ne s'opposent pas à l'examen d'un texte dont l'application révèle une contrariété avec un droit fondamental ou une liberté publique, d'autre part, que la Cour peut revenir sur ses propres décisions en ce qui concerne notamment le contrôle de constitutionnalité des lois si un contrôle antérieur y a laissé subsister une atteinte sérieuse à un droit fondamental garanti par la Constitution ou à une norme de référence du contrôle de constitutionnalité ;

Vu les articles 57,117,121,122 et 124 de la Constitution, 20 alinéas 1 et 2 et 29 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle ;

Sur la recevabilité de la demande itérative de contrôle de constitutionnalité formulée par le président de la République.

Considérant que s'il est vrai que l'application des dispositions de l'article 124 alinéas 2 et 3 de la Constitution ne s'opposent pas à l'examen d'une loi dont l'application révèle une contrariété avec un droit fondamental ou une liberté publique et que la Cour constitutionnelle peut revenir sur ses propres décisions en ce qui concerne notamment le contrôle de constitutionnalité des lois si référence du contrôle de constitutionnalité, il ne peut en être ainsi qu'à l'occasion de l'exercice d'un recours *a posteriori*, par voie d'action ou par voie d'exception, dans les termes de l'article 122 de la Constitution; que pour la mise en œuvre de cette règle, la loi en question doit nécessairement et préalablement avoir été promulguée et publiée afin que son application en révèle les contrariétés supposées ;

Considérant par ailleurs, que lorsqu'après avoir saisi la haute Juridiction, en vertu de l'article 117 de la Constitution, du contrôle de conformité à la Constitution d'une loi et que, comme en l'espèce, ce contrôle a été sanctionné par une déclaration générale de conformité contenue dans la décision DCC 19-116 du 28 mars 2019, le président de la République ne peut plus être reçu dans

une nouvelle demande de contrôle de conformité par application de l'article 124 de la Constitution ;

Sur l'examen de la demande de mise à exécution d'office de la loi formulée par le président de l'Assemblée nationale.

Considérant qu'aux termes de l'article 57 de la Constitution :

« Le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres de l'Assemblée nationale.

Il assure la promulgation des lois dans les quinze jours qui suivent la transmission qui lui en est faite par le Président de l'Assemblée nationale.

Ce délai est réduit à cinq jours en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée nationale.

Il peut, avant l'expiration de ces délais, demander à l'Assemblée Nationale une seconde délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette seconde délibération ne peut être refusée.

Si l'Assemblée nationale est en fin de session, cette seconde délibération a lieu d'office lors de la session ordinaire suivante.

*Le vote pour cette seconde délibération est acquis à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale. Si après ce dernier vote, le Président de la République refuse de promulguer la loi, **la Cour constitutionnelle, saisie par***

le Président de l'Assemblée nationale, déclare la loi exécutoire si elle est conforme à la Constitution.

La même procédure de mise à exécution est saune lorsque à l'expiration du délai de promulgation de quinze jours prévu à l'alinéa 2 du présent article, il n'y a ni promulgation, ni demande de seconde lecture »; que par ailleurs, les articles 121 de la Constitution, 20 alinéas 1 et 2 et 29 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle disposent respectivement: « *La Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation* » ; « *Conformément à l'article 121 de la Constitution, le Président de la République ou tout membre de l'Assemblée nationale peut saisir la Cour constitutionnelle.*

La saisine de la Cour constitutionnelle suspend le délai de promulgation » ; « *La publication d'une déclaration de la Cour constitutionnelle constatant qu'une disposition n'est pas contraire à la Constitution met fin à la suspension du délai de promulgation suivant les dispositions de l'article 120 de la Constitution* » ; qu'il résulte de ces dispositions que le président de la République dispose d'un délai de quinze (15) jours pour promulguer la loi à compter de la date de sa transmission par l'Assemblée nationale, sous réserve du délai de suspension prévu à l'article 20 alinéa 2 sus-cité de la loi organique sur la Cour constitutionnelle ; qu'à défaut, et dans les conditions définies à l'article 57 alinéas 6 et 7 de la Constitution, la Cour constitutionnelle la déclare exécutoire ;

Considérant qu'en l'espèce, la loi n° 2019-05 portant organisation du secret de la défense nationale a été adoptée par l'Assemblée nationale le 18 janvier 2019 puis transmise au président de la République le 30 janvier 2019 ; que saisie par le président de la République le 1er février 2019, la Cour constitutionnelle a procédé à son contrôle de constitutionnalité et l'a déclarée conforme en toutes ses dispositions à la Constitution par décision DCC 19-116 du 28 mars 2019 ; que cette décision a été notifiée au président de la République le 19 avril 2019 suivant lettre n° 0558/CC/Pt/SGA 1 du 18 avril 2019 ; qu'à partir de cette date, et conformément aux dispositions des articles 20 alinéa 2 et 29 sus-cités de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, la suspension du délai de promulgation de la loi a pris fin; qu'à la date de la saisine de la Cour le 26 mai 2020, par le président de l'Assemblée nationale, le président de la République n'a ni promulgué ni sollicité une seconde délibération de la loi ; que les délais de promulgation de la loi ayant expiré, le président de l'Assemblée nationale est fondé, en vertu de l'article 57 alinéas 6 et 7 sus-cité de la Constitution, à demander qu'elle soit déclarée exécutoire;

Considérant que la loi en cause étant conforme à la Constitution, il y a lieu de faire droit à la demande du requérant et de déclarer exécutoire, à compter de la date de publication de la présente décision au Journal officiel, la loi n° 2019-05 portant organisation du secret de la défense nationale en République du Bénin, adoptée par l'Assemblée nationale le 18 janvier 2019 ;

EN CONSEQUENCE,

Article 1 «. -Dit que la demande itérative de contrôle de constitutionnalité formulée par le président de la République est irrecevable.

Article 2.- Dit que la requête du président de l'Assemblée nationale est recevable.

Article 3.-Dit qu'est exécutoire, à compter de la date de publication de la présente décision au Journal officiel, la loi n° 2019-05 portant organisation du secret de la défense nationale en République du Bénin, adoptée par l'Assemblée nationale le 18 janvier 2019.

La présente décision sera notifiée au président de l'Assemblée nationale, au président de la République et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le dix-huit juin deux mille vingt,

Messieurs	Joseph DJOGBENOU	Président
	Razaki AMOUDA ISSIFOU	Vice-Président
Madame	C. Marie-José de DRA VO ZINZINDOHOUE	Membre
Monsieur	Rigobert A. AZON	Membre

**ACTUALITE DES
JURIDICTIONS
CONSTITUTIONNELLES**

L'actualité du second semestre de l'année 2020 est constituée de deux rubriques. La première porte sur les activités majeures de la Cour constitutionnelle du Bénin et la seconde concerne l'actualité des juridictions constitutionnelles membres de l'association des Cours constitutionnelles francophones.

I- ACTIVITES MAJEURES DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU BENIN

Le second semestre de l'année de 2020 a été marqué par plusieurs activités au niveau de la Cour constitutionnelle. La haute juridiction a organisé une activité scientifique sur le dialogue inter juridictionnel. En dehors de cette activité, la Cour a reçu la visite de la Cour constitutionnelle du Niger. De même, il y a eu la prestation de serment des membres de la Commission béninoise des droits de l'homme désignés par le parlement. Enfin, la Cour a lancé un prix de thèse.

A- Dialogue inter juridictionnel

La Cour constitutionnelle du Bénin a organisé, les 8 et 9 octobre 2020 un atelier scientifique avec la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA sur le dialogue inter juridictionnel. Cet atelier a connu la participation de plusieurs acteurs qui interviennent dans la discipline du droit et dont l'activité intéresse le droit constitutionnel. Il s'agit des membres de la Cour constitutionnelle, des magistrats, des avocats et des enseignants chercheurs.

L'objectif général de cette rencontre de deux jours était l'harmonisation des points de vue des différentes Cours sur leurs champs de compétence. Un cadre d'échanges et de concertation

entre juges en vue d'apporter des clarifications aux questions de droit dont la subtilité et la complexité ne facilitent toujours pas, à première vue, la compréhension.

Les débats qui se sont déroulés sous la modération du professeur Dorothee SOSSA ont été consacrés à la présentation des deux institutions juridictionnelles que sont la Cour constitutionnelle du Bénin et la Cour commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA. Les communications ont porté sur : « La portée de la primauté du droit de l'OHADA » et « La portée de la suprématie constitutionnelle en droit béninois ». La première communication, suivie de débats a été développée par le Président de la CCJA de l'OHADA, Mr Appolinaire César ONDO MVE et la seconde par le Secrétaire général de la Cour constitutionnelle du Bénin, le Docteur Gilles BADET. La synthèse conclusive a été présentée par le Professeur Ibrahim David SALAMI. Tout en relevant la dialectique entre ordres et conflits que peut susciter la rencontre du droit interne et du droit communautaire pour la sécurité juridique, l'auteur de la synthèse conclusive a amené les participants à se poser la question de savoir si l'articulation complexe des droits interne et communautaires n'éprouve-t-elle pas la sécurité juridique.

En clôturant les assises, le Président de la Cour constitutionnelle du Bénin a d'abord souligné l'importance du dialogue inter-juridictionnel. Pour le Professeur Joseph DJOGBENOU, la plupart des conflits mondiaux, donc de l'expression de cette suprématie, relève de la méconnaissance des uns et des autres, de l'incompréhension des uns et des autres. Il a ajouté que la clé pour de meilleures décisions de justice dans l'intérêt des populations réside dans le dialogue entre les différentes

institutions judiciaires. Le Professeur Joseph DJOGBENOU a signalé tout de même qu'à l'interne, ou du point de vue régionale ou même encore à l'international, il y a souvent une sorte de concurrence, de suprématie, de souveraineté voire de conflit entre les institutions. Il a poursuivi son discours en indiquant que deux possibilités s'offrent aux juges : Soit laisser les conflits survenir, se multiplier, dans la violence que l'on peut imaginer avec la suprématie, la souveraineté des uns et des autres. Ou les prévenir en instaurant un dialogue. C'est pourquoi, dira le Président de la Cour constitutionnelle, il appartiendra à chacun, en voulant rendre une décision sur les points de contact, de penser à ce qui est commun, à ce que dans chacun de nos Etats et en particulier au Bénin, « le se nourrir, le se vêtir, le se loger, le s'instruire collectivement », puissent être satisfaits. Cette approche, dépend de la manière dont nous allons tenir la sécurité juridique. Pour ce faire, « il faut se connaître, connaître l'autre et s'ouvrir à l'autre ».

B- Réunion Cours constitutionnelles du Bénin et du Niger

La Cour constitutionnelle du Bénin a reçu une délégation de la Cour constitutionnelle du Niger du 19 au 23 octobre 2020. Cette rencontre a été un cadre d'échange d'expériences en prélude à l'organisation des élections présidentielles au Niger en décembre 2020. A cette occasion, la délégation nigérienne s'est enrichie des expériences acquises par la Cour constitutionnelle du Bénin en matière de contentieux électoral. La question du parrainage a également été évoquée.

Dans son intervention, le Vice-président de la Cour constitutionnelle du Niger a évoqué certaines difficultés liées à l'organisation du scrutin du 27 décembre prochain. M. Ibourahim

MOUSTAPHA a surtout parlé de l'enrôlement de la diaspora. A cause de la covid-19, les frontières des pays restent et demeurent encore fermées. Pour lui, la diaspora ne pourra pas voter.

Selon Président de la Cour constitutionnelle du Bénin, le Professeur Joseph DJOGBENOU, la haute juridiction a une pratique de collaboration afin que l'ensemble du processus se déroule sans anicroche. Le Professeur Joseph DJOGBENOU estime que les juridictions constitutionnelles, dans leur rôle de garant des droits et libertés, doivent veiller à ce que la jouissance par les citoyens de leurs droits et libertés soit pleine et entière.

Evoquant la question du parrainage des candidats à l'élection présidentielle d'avril 2021, le Président de la Cour constitutionnelle du Bénin a fait remarquer que son institution ne peut agir que lorsqu'elle est saisie à travers un recours. « En tant que juridiction, cela ne peut être apprécié qu'à l'occasion des contentieux. Et ce n'est pas une situation exceptionnelle puisque cela rentre dans le processus lié à la candidature à l'élection du Président de la République » a précisé le Professeur Joseph DJOGBENOU.

C- Prestation de serment à la Commission béninoise des droits de l'homme

Sous la présidence effective du Professeur Joseph DJOGBENOU, la Cour constitutionnelle du Bénin a reçu le serment de deux députés de la huitième législature devant siéger à la Commission béninoise des droits de l'homme. En effet, le vendredi 16 octobre 2020, les députés Jean Pierre BABATOUNDE et Dominique ATCHAWE ont prêté serment devant la haute juridiction suite à leur désignation par le parlement conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi 2012-36 du 15 février 2013 portant création de la Commission béninoise des droits de l'homme.

D- Prix de thèse Maurice AHANHANZO GLELE

La 6^{ème} mandature de la Cour constitutionnelle du Bénin présidée par le Professeur Joseph DJOGBENOU continue d'innover. Elle institue un prix de thèse dénommé Prix Maurice GLELE AHANHANZO destiné à récompenser un docteur en droit dont les travaux de thèse portent principalement sur un sujet d'intérêt pour la justice constitutionnelle béninoise.

Dans un communiqué rendu public par l'institution et signé de son secrétaire général, Gilles BADET, ce prix est organisé tous les deux ans et vise à récompenser les mérites de la meilleure thèse de doctorat. Sont éligibles au titre de cette première édition, toutes les thèses entrant dans le champ ci-dessus défini et qui auront été soutenues entre 2018 et 2020. Les thèses devront être envoyées au plus tard le 20 décembre 2020.

Le jury siégera au premier trimestre 2021 et les résultats seront proclamés courant second semestre 2021.

En instituant un prix de thèse intitulé Maurice GLELE AHANHANZO, la 6^{ème} mandature de la Cour constitutionnelle entend rendre un hommage mérité à un homme dont les mérites et la compétence ne se discutent point. Le Professeur Maurice GLELE AHANHANZO a été en effet, l'inspirateur à titre principal de la Constitution du 11 décembre 1990.

II- ACTUALITE DES COURS MEMBRES DE L'ASSOCIATION DES COURS CONSTITUTIONNELLES FRANCOPHONES

L'actualité des cours membres de l'association des cours constitutionnelles francophones est constituée des dix ans de la QPC en France, du renouvellement partiel des membres de

certaines cours de même que des changements intervenus à la présidence d'autres juridictions constitutionnelles.

A- Les dix ans de la QPC en France

L'actualité constitutionnelle française est marquée par la célébration des dix ans de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité). Ce fut l'occasion pour dresser un premier bilan de cette « question citoyenne » qui a permis des avancées remarquables dans l'exercice des droits fondamentaux. Le vaste programme de recherches universitaires visant à établir un bilan juridique et sociologique des dix années de pratique de la QPC, dénommé « QPC 2020 », a permis de démontrer que depuis l'entrée en vigueur de la QPC, la Constitution apparaît davantage comme un patrimoine vivant au service des citoyens.

Il ressort de ces dix ans que le Conseil constitutionnel a rendu 740 décisions. Les QPC représentent environ 80 % des décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Le constat que révèle cet anniversaire est le succès de la formule. Les acteurs du procès s'en sont emparés, le Conseil s'est transformé, la Constitution irrigue toutes les branches du droit jusque dans les débats parlementaires.

B- Renouvellement des membres et des présidences

L'on abordera le renouvellement partiel des membres des juridictions constitutionnelles ou des changements intervenus dans leur composition ou encore au niveau de leur présidence.

1- Cour constitutionnelle de la Belgique

Le président André ALEN a accédé à l'éméritat le 24 septembre 2020. Le président Luc LAVRYSEN lui succède en tant que président néerlandophone de la Cour constitutionnelle de Belgique le 25 septembre 2020.

2- Tribunal constitutionnel d'Andorre

Le 7 septembre 2020, Monsieur Josep-D. GUÀRDIA CANELA a été désigné Président du Tribunal constitutionnel d'Andorre en remplacement de Monsieur Dominique ROUSSEAU, arrivé au terme de son mandat à la tête du Tribunal. Monsieur Jean-Yves CAULLET devient le nouveau vice-président de cette institution.

3- Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire

Le 1er septembre 2020, trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel ivoirien ont pris fonction. Ils ont été nommés le 18 juin 2020. Il s'agit de Mesdames Assata KONÉ SILUÉ, Rosalie Kouamé KINDOH ZALO et Monsieur Mamadou SAMASSI, qui ont solennellement prêté serment mardi au siège de l'institution à Abidjan.

Ces trois nouveaux membres remplacent Mesdames Affoué Geneviève KOFFI KOUAMÉ, Cissé LOMA MATO et Monsieur Emmanuel ASSI, tous en fin de mandat.

4- Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo

Trois nouveaux juges de la Cour constitutionnelle ont prêté serment le 21 octobre 2020 en République démocratique du Congo.

Nommés par ordonnance présidentielle le 17 juillet 2020, ces juges ont en effet prêté serment devant le chef de l'Etat lors d'une cérémonie solennelle organisée dans la salle de Congrès du Palais du peuple, à Kinshasa. Il s'agit de Kaluba Dibwa Dieudonné, de Kalume Yasengo Alphonse et de Kamulete Badibanga Dieudonné qui ont signé le Procès-verbal de prestation de serment par lequel la Cour constitutionnelle affiche complet.

DIRECTION DE LA PUBLICATION

Directeur : **Joseph DJOGBENOU** / Secrétaire : **Gilles BADET** (Assisté par **Josué CHABI KPANDE**)

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Président d'honneur	Maurice AHANHANZO GLELE Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien membre de la Cour constitutionnelle du Bénin, Ancien Président de la Haute Cour de justice du Bénin (BENIN)
Président	Théodore HOLO Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin, Ancien Président de la Haute Cour de justice du Bénin (BENIN)
Vice-Président	Koffi AHADZI-NONOU Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques Membre de la Cour constitutionnelle du Togo (TOGO)
Membres	Robert DOSSOU Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats du Bénin, Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques économiques et politiques de l'Université nationale du Bénin, Ancien ministre, Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin (BENIN) Martin BLEOU Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien ministre (COTE D'IVOIRE) Babacar KANTE Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Gaston Berger de Saint Louis, Ancien Vice-Président du Conseil constitutionnel (SÉNÉGAL) Babacar GUEYE Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SÉNÉGAL) Dorothé C. SOSSA Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit privé, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, Secrétaire permanent honoraire de l'OHADA (BÉNIN) Noël A. GBAGUIDI Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit privé, Ancien Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Fabrice HOURQUEBIE Professeur de Droit public, Université Montesquieu Bordeaux IV, Directeur de l'IDESUF, Directeur adjoint du CERCCLÉ (FRANCE) Dodzi KOKOROKO Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Président de l'Université de Lomé (TOGO) Adama KPODAR Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques ancien Vice-Président de l'Université de KARA (TOGO), Directeur de l'École Nationale d'Administration (TOGO) Ibrahim SALAMI Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public, Ancien Vice-doyen de la faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Dandi GNAMOU Agrégée des facultés de Droit, Professeure de Droit public, Université d'Abomey-Calavi, Conseillère à la Cour suprême du Bénin (BÉNIN) Mahaman TIDJANI ALOU Agrégé en Sciences politiques, Professeur à l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (NIGER) Brusil Miranda METOU Agrégée des facultés de Droit, ancienne Vice-Recteur chargé de la recherche, de la coopération et des relations avec le monde des entreprises Université de DSCHANG (CAMEROUN) Victor P. TOPANOU Maître de Conférences en Sciences politiques, Ancien Directeur de l'École doctorale "Sciences juridiques, politiques et administratives", Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Hygin KAKAI Agrégé en Sciences politiques. Vjce Doyen de la Faculté de droit et de sciences politiques Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN)

COMITÉ DE LECTURE

Président : M. Razaki AMOUDA-ISSIFOU, Vice-Président de la Cour constitutionnelle
Membres : Pr. Joël ADELOUL, Pr. Igor GUEDEGBE, Pr. Hygin KAKAI, Dr. Gilles BADET,
Dr. Dario DEGBOE, Dr. Aboudou Latif SIDI