

Recht in Afrika

Law in Africa - Droit en Afrique

Zeitschrift der Gesellschaft für afrikanisches Recht

2013 · Heft 1

16. Jahrgang



Rüdiger Köppe Verlag Köln

Redaktion:

Wilhelm J.G. Möhlig (verantw.), Hatem Elliesie, Harald Sippel, Ulrich Spellenberg,
Ulrike Wanitzek

Anschrift:

Prof. Dr. Wilhelm J.G. Möhlig, Institut für Afrikanistik,
Universität zu Köln, 50923 Köln
Telefon: (49) (2233) 76775
Telefax: (49) (2233) 978642
E-Mail: wilhelm.moehlig@uni-koeln.de

“Recht in Afrika / Law in Africa / Droit en Afrique” is a double peer reviewed academic journal published by the Gesellschaft für afrikanisches Recht e.V. / African Law Association (Germany).

Views or opinions expressed in this journal are attributable to the respective authors and do not necessarily reflect those of the editors.

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data is available in the internet at <http://dnb.d-nb.de>.

© 2013

RÜDIGER KÖPPE VERLAG
Postfach 45 06 43
50881 Köln
Deutschland

www.koeppe.de

Herstellung: Klever GmbH, Bergisch Gladbach / Deutschland

ISSN 1435-0963

ISBN 978-3-89645-812-4

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier.

∞ Printed on acid-free paper which falls within the guidelines of the ANSI to ensure permanence and durability.

Inhaltsverzeichnis · Table of contents · Table de matières

Nachruf · Obituary · Eloge: Trutz von Trotha † (Wilhelm J.G. Möhlig) V

Aderemi Suleiman Ajala

Yoruba Nationalism and the Legal Perspectives of the O’odua Peoples’ Congress (OPC) in South-western Nigeria 1

Jörg Kleis

Legal Transplants for African Economic Integration? 13

Siméon Patrice Kouam

La réception du droit français dans la construction d’une théorie générale de droit international privé camerounais : Réflexion à partir de l’avant-projet de code des personnes et de la famille 21

Ine Nnadi

Women and Discriminatory Laws and Practices in Nigeria – A Critical Assessment 59

Célestin Sietchoua Djuitchoko

La Chambre des Comptes de la Cour Suprême – Nouveau juge administratif au Cameroun 67

Berichte und Überlegungen · Reports and reflections · Rapports et réflexions

Edouard Gnimpieba Tonnang / Arsène Landry Nguena Djoufack

L’influence du droit communautaire de la Communauté Economique et Monétaire de l’Afrique Centrale (CEMAC) sur le domaine de compétence du juge administratif camerounais 83

Tagungsberichte · Conference reports · Rapports de conférences

Thomas Himmer / Robert Owino

Bericht zur Jahrestagung der Gesellschaft für afrikanisches Recht e.V. (African Law Association), Humboldt-Universität zu Berlin, 9.–10.11.2012 113

Buchbesprechungen · Reviews · Compte-rendus de publications

Manfred O. Hinz / Oliver C. Ruppel / Clever Mapaire (eds.):

Knowledge Lives in the Lake. Case Studies in Environmental and Customary Law from Southern Africa, Windhoek 2012 (Anne Schmidt, Bremen) 119

Nachruf · Obituary · Eloge

Trutz von Trotha †

16. September 1946 – 18. Mai 2013

Am 18. Mai 2013 ist unser langjähriges Mitglied, Herr Professor em. Dr. Trutz von Trotha an den Folgen einer Leukämie in Freiburg verstorben. Für viele von uns kam sein Ableben plötzlich und unerwartet. Am 29. Mai wurde er unter großer Anteilnahme von Familie, Freunden und Kollegen in Opfingen bei Freiburg, seinem langjährigen Wohnort, bestattet.



Geboren in Dieburg bei Darmstadt, verbrachte von Trotha Schulzeit und Jugend in Pforzheim. An der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg studierte er Soziologie, Politikwissenschaft und Neuere Geschichte. Sein von ihm hoch verehrter Lehrer war dort Heinrich Popitz, der ihn nachhaltig prägte und 1972 mit einer Dissertation über jugendliche Bandendelinquenz promovierte¹. Ein Postdoktorandenstipendium des DAAD führte von Trotha zwischen 1973 und 1974 nach San Diego an das *Department of Sociology* der University of California und anschließend an das *Social Research Center* der Washington State University in Pullman. Mithilfe eines Stipendiums der Deutschen Forschungsgemeinschaft habilitierte er sich nach seiner Rückkehr an die Freiburger Universität mit einer umfassenden Studie zu Fragen des Strafvollzugs und zur Rückfälligkeit von Strafgefangenen, für die er u.a. eine rechtssoziologische Theorie des abweichenden Verhaltens und der sozialen Kontrolle entwickelte². Seine wissenschaftliche Spezialisierung führte ihn von 1979 bis 1987 an den Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover, wo er zunächst wissenschaftlicher Mitarbeiter bei dem Kriminsoziologen Fritz Sack wurde und ab 1981 mit einer eigenen Professur für die Soziologie des abweichenden Verhaltens und der sozialen Kontrolle betraut war. In diese Phase seiner wissenschaftlichen Laufbahn fällt von 1985 bis 1989 ein Heisenberg-Stipendium der DFG. Das Ergebnis war u.a. eine weitere Monographie zum Konflikt zwischen der Selbsthilfe einzelner und dem Gewaltmonopol des Staates³. Im Jahr 1989 wurde Trutz von Trotha auf den Lehrstuhl für Soziologie an die Universität Siegen berufen, wo er bis zu seiner vorgezogenen Pensionierung im September 2009 lehrte.

¹ Trotha, T. v. 1974. Jugendliche Bandendelinquenz. Über Vergesellschaftungsbedingungen von Jugendlichen in den Elendsvierteln der Großstädte (Soziologische Gegenwartsfragen, Nr. 39). Stuttgart: Enke.

² Erster Teil der Habilitationsschrift: Trotha, T. v. 1983. Strafvollzug und Rückfälligkeit. Eine Studie zur soziologischen Theorie und Empirie des Rückfalls von Strafgefangenen (Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft, Bd. 25). Heidelberg: Müller.

Zweiter Teil der Habilitationsschrift: Trotha, T. v. 1982. Recht und Kriminalität. Auf der Suche nach Bausteinen für eine rechtssoziologische Theorie des abweichenden Verhaltens und der sozialen Kontrolle. Tübingen: Mohr.

³ Trotha, T. v. 1986. Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Gewaltmonopol. Tübingen: Mohr.

Im Jahr 1988 lud von Trotha zu einer internationalen Konferenz „Le droit dans la perspective anthropologique – Les expériences françaises et allemandes. Un colloque franco-allemand à Fribourg-en-Brisgau, 6 à 8 avril 1988“ ein.⁴ Dort trafen sich erstmals Rechtsanthropologen und Rechtssoziologen aus zahlreichen europäischen Ländern, unter ihnen auch viele, die sich mit außereuropäischen Gesellschaften befassten. Insbesondere zahlreich war die Gruppe französischer Teilnehmer. Aus den überaus fruchtbaren Fachgesprächen in Freiburg entstand der Plan, sich in Zukunft regelmäßig zu Konferenzen abwechselnd in Frankreich und Deutschland zu treffen. Trutz von Trotha war nicht nur Gründungsmitglied, sondern auch jahrelang deutscher Koordinator der „Rencontres Européennes d’Anthropologie du Droit / Arbeitsgruppe europäischer Rechtsethnologen (READ-AGERE)“. Die deutsch-französische Gruppe, der sich alsbald auch Belgier und Niederländer anschlossen, traf sich von 1988 bis 2002 insgesamt zu fünf Tagungen und veröffentlichte mehrere Tagungsbände zu unterschiedlichen Themen.⁵ Im Jahre 1994 wurde von Trotha als Gastwissenschaftler des *Maison des Sciences de l’Homme, Maison Suger* in Paris vom *Laboratoire d’anthropologie juridique* der Sorbonne eingeladen, Vorlesungen zum Thema „Pouvoir, Légitimité et Droit“ abzuhalten.

Nachdem sich die französische Gruppe aus Altersgründen aufgelöst hatte, organisierte von Trotha zwischen 2005 und 2010 zur Thematik transnationaler kriegerischer Konflikte und Institutionen der Grausamkeit eine Reihe von internationalen und interdisziplinären Konferenzen, aus denen ebenfalls von der Fachöffentlichkeit viel beachtete Publikationen hervorgingen. Insbesondere die im Juni 2009 zusammen mit Jakob Rösel

⁴ Das Recht vom Blickpunkt der Anthropologie – Französische und deutsche Forschungsperspektiven. Ein deutsch-französisches Kolloquium in Freiburg im Breisgau, 6. bis 8. April 1988.

⁵ (a) Trotha, T. v. & E. Le Roy (Hrsg.). 1993. La violence et l’Etat. Formes et évolution d’un monopole. Colloque franco-allemand d’anthropologie du droit (Saint-Riquier, Novembre 1990), Paris: L’Harmattan.

(b) Möhlig, W.J.G. & T. v. Trotha (Hrsg.). 1994. Legitimation von Herrschaft und Recht / La légitimation du pouvoir et du droit. [3^e Colloque franco-allemand des anthropologues du droit. Sankt Augustin, 20.-25. November 1992]. Köln: Köppe.

(c) Rösel, J. & T. v. Trotha (Hrsg.). 1999. Dezentralisierung, Demokratisierung und die lokale Repräsentation des Staates. Theoretische Kontroversen und empirische Forschungen. Décentralisation, démocratisation et les représentations locales de la force publique. [5. Kolloquium Deutsch-Französischer Rechtsanthropologen, Freiburg/Breisgau, 22.-24. November 1996]. Köln: Köppe.

(d) Foblets, M.-Cl. & T. v. Trotha. 2004. Healing the Wounds. Essays on the Reconstruction of Societies after War (Oñati International Series in Law and Society). [Konferenz in Oñati / Baskenland 3.-4. April 2000]. Oxford, Portland/OR: Hart.

(e) Rösel, J. & T. v. Trotha (Hrsg.). 2005. The Reorganisation or the End of Constitutional Liberties? La réorganisation ou la fin de l’état de droit? [Conférence organisée dans le cadre des Rencontres européennes d’anthropologie du droit READ-AGERE, Rostock, 14.-16. November 2002]. Köln: Köppe.

in Rostock ausgerichtete Konferenz zum Thema *Institutionen der Grausamkeit – interdisziplinäre Perspektiven* verdient namentliche Erwähnung.⁶

Von Trothas Forschungsansatz zu dem Verhältnis von Gewalt und Recht war wesentlich auf Empirie begründet. Seine einschlägigen Felderfahrungen 1993 in Papua-Neuguinea zusammen mit Peter Hanser, im selben Jahr als Beobachter der Präsidentenwahl in Togo und 1996 zusammen mit Jakob Rösel in Mali wurden ergänzt durch seine Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, deren Projekte er seit 2005 mit finanzieller Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft von Siegen aus leitete. Aus diesen Forschungsprojekten gingen viele Monographien hervor, die den Fundus an konkreten, aktuellen Erfahrungen mit den verschiedenen Ausprägungen von Konflikten und ihrer Bewältigung in außereuropäischen Gesellschaften erheblich erweiterten. In der durch von Trotha zusammen mit zwei weiteren Herausgebern 1998 begründeten Wissenschaftsreihe *Siegener Beiträge zur Soziologie* sind die entsprechenden Forschungsergebnisse veröffentlicht. Den letzten Band 12 der Reihe aus der Feder von Georg Klute⁷ hat von Trotha bis zur Drucklegung noch aktiv begleitet, durfte dessen Erscheinen jedoch nicht mehr erleben. Wenige Tage vor seinem Tod verfasste er dazu ein Geleitwort, das wohl seine letzte wissenschaftliche Äußerung in schriftlicher Form darstellt.

Das wissenschaftliche Œuvre von Trothas umfasst neben Werken zur Kriminalsoziologie, zur Sozialgeschichte von Jugend und Familie und zur Kolonialgeschichte insbesondere Aufsätze, Monographien und Sammelbände zur politischen Soziologie und Rechtsethnologie, vor allem zu Phänomenen von Gewalt und Krieg sowie zur Entstehung von Recht⁸. Unter dem Eindruck einer thematisch einschlägigen Feldforschung, die ihn zusammen mit dem Ethnologen Peter Hanser 1993 nach Papua Neuguinea führte, entwickelte er eine umfassende, empirisch fundierte Theorie zur Entstehung von Rechtsordnungen. Er formulierte verschiedene Entwicklungsstufen, die aus dem Zustand rechtsfreier Gesellschaften am Ende zu staatlichen Rechtsordnungen führen.⁹ Der Antagonismus zwischen Krieg und Gewalt auf der einen Seite und staatlicher Rechtsordnung auf der anderen spielte in vielen internationalen Konferenzen eine Rolle, die von Trotha entweder selber organisierte oder an deren Gestaltung er maßgeblichen Anteil hatte. Die aktuelle Realität sowie die Absicherung durch empirisch gesicherte Daten bildeten dabei stets die entscheidende Grundlage.

Trutz von Trotha hat sich 2009 von seiner Lehrtätigkeit in Siegen zwei Jahre vor Erreichen der Pensionsgrenze zurückgezogen, um sich ganz seinem großen Forschungs-

⁶ Die höchst innovativen Ergebnisse dieser Tagung sind in folgendem Sammelband enthalten: Trotha, T. v. & J. Rösel (Hrsg.). 2011. On Cruelty. Sur la cruauté. Über Grausamkeit (Siegener Beiträge zur Soziologie, Bd. 11). Köln: Köppe.

⁷ Klute, G. 2013. Tuareg-Aufstand in der Wüste. Ein Beitrag zur Anthropologie des Krieges und der Gewalt. Mit einem Geleitwort von Trutz von Trotha (Siegener Beiträge zur Soziologie, Bd. 12) Köln: Köppe.

⁸ Trotha, T. v. 1988. Zur Entstehung von Recht. Deutsche Kolonialherrschaft und Recht im „Schutzgebiet Togo“, 1884-1914. Rechtshistorisches Journal 7, S. 317-346.

⁹ Hanser, P. & T. v. Trotha. 2002. Ordnungsformen der Gewalt. Reflexionen über die Grenzen von Recht und Staat an einem einsamen Ort in Papua-Neuguinea (Siegener Beiträge zur Soziologie, Bd. 3). S. 91-140. Köln: Köppe.

thema – Krieg, Gewalt und deren Überwindung – widmen zu können. So wird berichtet, dass bei seinem vorzeitigen Ableben ein großer Teil des entsprechenden Buchmanuskripts bereits vollendet war.

Trutz von Trotha kannte sich überdurchschnittlich gut in der soziologischen und rechtsanthropologischen Literatur aus. Er war ein kreativer Querdenker, der auch etablierte Lehrmeinungen gerne hinterfragte. Für viele Kolleginnen und Kollegen war er ein begehrter Diskussionspartner. Die ihm zu seinem Abschied von seiner Lehrtätigkeit gewidmete Festschrift trägt daher zu Recht den Titel *Begegnungen und Auseinandersetzungen*. Sie zeigt in den disziplinär weit gestreuten Beiträgen zugleich die bewundernswerte Breite seiner wissenschaftlichen Interessen an.¹⁰ Sehr viele werden ihn und die Begegnungen mit ihm noch lange in freundschaftlicher Erinnerung und dankbarer Anerkennung bewahren.

Wilhelm J.G. Möhlig

¹⁰ *Inhetveen, K. & G. Klute* (Hrsg.). 2009. *Begegnungen und Auseinandersetzungen*. Festschrift für Trutz von Trotha. Köln: Köppe.

*Aderemi Suleiman Ajala**

Yoruba Nationalism and the Legal Perspectives of the O'odua Peoples' Congress (OPC) in South-western Nigeria

Abstract

This paper argues that the O'odua Peoples' Congress (OPC), a militant Yoruba socio-cultural group, is an offshoot of Yoruba nationalism. Founded in 1993 to check certain social disorders against the Yoruba people of Nigeria, between 2002 and 2006, OPC also engaged in certain seditions such as arsons, murder, and other illegal activities in south-western Nigeria. Through case law review and analysis of ethnographic data relying on observation, key informant interviews and focus group discussions, the paper examines the legality of the formation and activities of OPC as a militant Yoruba socio-cultural group. The paper also discusses the implications of OPC's activities for Yoruba nationalism and the social order in Nigeria. Among others, it is established that OPC introduced ethnic violence to Yoruba nationalism and coloured some aspects of Yoruba nationalism as unconstitutional and illegal.

Introduction

In Nigeria, the 1990s marked the revival of ethnic nationalism with a number of socio-cultural organizations being founded on ethnic cleavages and operating without regard to the Nigerian Constitution. Examples include the Movement for the Actualization of the Sovereign State of Biafra (MASSOB) and the Bakassi Boys among the Igbo of eastern Nigeria, the Arewa Youth Forum of the Hausa/Fulani of northern Nigeria and the O'odua Peoples' Congress among the Yoruba of south-western Nigeria. All these socio-cultural groups draw on their different ethnic consciousness and locally constructed nationalism while violating some provisions of the 1999 Nigerian Constitution. Significantly, they flout orders and regulations meant to forestall peace, order and tranquility in a way that threatens the Nigerian social order. Founded following the annulment of the June 12, 1993 presidential election in Nigeria, OPC engaged in activities many of which contravene provisions of the 1999 Nigerian Constitution. Such activities include arsons, unlawful association, abuse of fundamental human rights, violation of judicial processes and a number of murder cases. While these activities are against the Nigerian social order, OPC and its activities were rationalized among many Yoruba as a necessity based on a perceived marginalization of the Yoruba in Nigeria. Wrapped in ethnic sentiment and locally constructed nationalism, OPC became a notorious organ of Yoruba political and cultural reconstruction.

* Aderemi Suleiman *Ajala* holds a Master's degree in Law (LL.M.) at Obafemi Awolowo University, Ile-Ife, Nigeria. He also has a PhD in Cultural Anthropology at the University of Ibadan, Nigeria. He teaches Anthropology in the Department of Archaeology and Anthropology, University of Ibadan, Nigeria. His current research interests are self-determination, nationalism and nation-building in Nigeria.

Nationalism is an expression of ethnic sentiments¹, owing to a group's claim² for self-assertion and pride as well as the intention to create a nation³ based on an ethnic group that assumes a common socio-political aspiration⁴. Thus, among many ethnic groups in Nigeria, nationalism appears to be a necessity employed as an instrument for national political patronage. It acts as an instrument which ethnic groups in Nigeria use to access political and economic resources. The Yoruba ethnic group in particular built its nationalism relying on ethnic sentiment and sense of belonging. As Nigeria continues to thrive on social disorders such as the lopsided nature of Nigerian federalism that makes access to federal political power problematic and highly competitive among its ethnic units, the Yoruba rely on a long-standing historical pride to construct their ethnic nationalism used in accessing federal political and economic power in Nigeria.⁵ Such nationalism embraces building political alliances, instituting developmental projects and recently political violence in the competition for economic and political control of the Federal Republic of Nigeria. Other cultural agencies that are put at work in Yoruba nationalism include the cult of Obafemi Awolowo, the historical and mythological creation of Yoruba unity,⁶ the establishment of populist political parties and the use of socio-cultural groups like *Egbe Omo Oduduwa*⁷, *Afenifere*, and O'odua Peoples' Congress⁸. As a Yoruba nationalist agent, since the mid-1990s, OPC was able to gain grassroots support and popularity,⁹ yet remains controversial in its activities with reference to social orderliness. It has instigated violent agitations and got involved in vigilantism which put the organization's legality into question.

Considering OPC's threats to Nigerian social orderliness, this paper examines the creation of OPC as an aspect of Yoruba nationalism and how it impacted on the Nigerian social order between 1999 and 2007. Underlying this is an analysis of the legal perspectives of OPC and its activities. Material for the paper was drawn from both secondary and primary data collected through ethnographic fieldwork on Yoruba nationalism in south-western Nigeria.

¹ Renan, E., 'What is a nation?', in *Bhabha*, H.K. (ed.), *Nations and Narrations*. New York, 1990, pp. 9-21.

² Gellner, E., *Nations and Nationalism*. Ithaca, 1983.

³ Harneit-Sievers, A., *Construction of Belonging: Igbo Communities and the Nigerian States in the Twentieth Century*. Rochester, 2006.

⁴ Gurr, T.R., *People versus State: Minorities at Risk in the New Century*. New York, 2000.

⁵ Nolte, I., *Obafemi Awolowo and the Making of Remo Politics: The Local Politics of a Nigerian Nationalist*. London, 2009.

⁶ Adebani, W., 'The Cult of Awo: The Political Life of a Dead Leader.' *Journal of Modern African Studies* 46(3), 2008, pp. 335-360.

⁷ Arifalo, S.O., *The Egbe Omo Oduduwa: A Study in Ethnic and Cultural Nationalism 1945-1965*. Ondo, 2001.

⁸ *Egbe Omo Oduduwa* was founded in the late 1940s, *Afenifere* in the 1980s and OPC in the 1990s.

⁹ Nolte, I., 'Identity and Violence: The Politics of Youth in Ijebu-Remo, Nigeria.' *Journal of Modern African Studies*, 42(1), 2004, pp. 61-89.

Yoruba Nationalism and the Emergence of OPC

Yoruba nationalism began about 130 years ago,¹⁰ when some Yoruba clergies started to rework Yoruba cultural and mythological history into a pan-Yoruba identity. Among other cultural agencies engaged in the working of Yoruba nationalism is the invention of a common ethnonym –Yoruba – referring to about twenty Yoruba sub-ethnic groups that claim a historical link with Ile-Ife and Oyo.¹¹ Similarly, the Oyo dialect was established as a standard Yoruba language. Between the 1880s and the 1940s, Yoruba nationalism was more of a cultural project using the strength and vigor symbolizing the Yoruba mythological founder – Oduduwa (O’odua) – to construct Yoruba cultural superiority in colonial Nigeria. Starting from the late 1940s, changes in the political structure of colonial Nigeria and the emergence of Yoruba political elites who were mostly averse to their counterparts from other ethnic groups in Nigeria saw the translation of the O’odua spirit from cultural superiority to political negotiation in the new Nigerian colonial federal state. The increasing difficulty confronting Yoruba political elites in accessing federal political power in Nigeria fostered the impetus for Yoruba nationalism. The continued agitation for more reference in colonial federal politics saw the Yoruba aggregating into socio-cultural and political groups that continue to act as agents for mass mobilization for nationalist support. In form of a link between the past and the present, the socio-cultural organizations that were founded on Yoruba nationalism always create a reference to the Yoruba mythological founder – O’odua.

In the Yoruba world, where individuals that display an exemplary vigour and valour caused a monumental shift in the people’s development, O’odua, like other Yoruba ancestors became a metaphor for ethnic pride. O’odua became a Yoruba common idol that connects the past to the present of the Yoruba people. Starting from the late 1940s, when the first socio-political group – *Egbe Omo Oduduwa* – was founded by Chief Obafemi Awolowo, O’odua became a recurrent decimal in Yoruba nationalism, symbolizing the forceful political essence of the Yoruba people in Nigeria.

With a number of contrivances trailing the Yoruba political essence in Nigeria, the annulment of a general election held in June 1993 marked the involvement of more socio-political organizations in Yoruba nationalism. The controversial election was said to have been won by a Yoruba popular philanthropist – Chief Moshood K.O. Abiola. The annulment evoked ethnic interpretations, built on the historical premises of Yoruba political marginalization, of denied access to the presidency of Nigeria. The Yoruba are fond of blaming many of these contrivances on the Hausa/Fulani political elites that have dominated Nigerian presidency since the country’s independence in 1960. Thus, many of the local organizations that became active with the annulment in south-western Nigeria expressed disenchantments against other ethnic groups in Nigeria, particularly ethnic groups like the Hausa/Fulani and the Igbo that have a popular presence in the Yoruba political space in south-western Nigeria. One of such organizations that quickly gained prominence and popular acceptance was the O’odua People’s Congress (OPC).

¹⁰ Yoruba nationalism started in the 1880s through the activities of Yoruba missionaries such as Lipede Lijadu and Samuel Ajayi Crowther, among others.

¹¹ The towns Ile-Ife and Oyo in southwestern Nigeria are regarded as the ancestral homes of the Yoruba.

Founded in 1993, barely two months after the annulment of the June 12 election, OPC initially assumed a pro-democracy movement as it was led by human rights activists who contributed to the agitation against the military regime that annulled the presidential elections. Due to these agitations, in August 1993, there was a tentative release of power to a non-elected civilian government constituted through the diarchy of Nigerian military and civilian elites. The partial disengagement of the military made the OPC to find a new mission, shifting its focus and presenting itself as a socio-cultural organization starting from the end of 1993.¹² It asserted itself as defending the interests of the Yoruba people. In contrast to the popular notion about OPC, Frederick Fasehun, a founding member of the organization and its uncontested leader until it split in 1999, maintains that OPC is “a completely non-violent organization. It is made up of the best elements of the Yoruba race; and the Yoruba nation is the best nation in Africa”¹³. According to its leaders, the OPC pursues two main goals. The first is “flushing out criminals from Yorubaland”,¹⁴ relying on the use of machetes, petrol and tyres as done in other parts of Nigeria through various vigilante groups established across Nigeria to remedy the inefficiency of the Nigerian police. The second goal is “the protection of Yoruba interests anywhere in the world”¹⁵.

While OPC did not operate outside Nigeria – its area of operation is south-western Nigeria, the home territory of the Yoruba people – its socio-political struggle for Yoruba interests in south-western Nigeria remains quite complex and indeed violent at times. For example, when the dock workers at the Nigerian Port Authority in Apapa elected an Ijaw – another ethnic group of Nigeria – as their trade union leader, an OPC commando stormed the port of Apapa and shot members of the rival faction to ensure that a Yoruba candidate was appointed to head the organization. Fasehun defends this intervention: “[W]e felt that our fatherland was being taken away from us. The OPC had to invade the ports to show solidarity and assert the rights of the marginalized Yoruba”¹⁶.

Relying on the increasing perception of threats against the Yoruba political and economic interests in Nigeria, OPC rose to become a powerful organ of Yoruba nationalism which violently resists any attempt by any other ethnic group in Nigeria to infiltrate into Yorubaland. When the organization divided into two factions in 1999, the faction headed by a former carpenter – Gani Adams – became more violent and forceful, claiming that he was spiritually injected with the zeal and vigour of Oduduwa, the Yoruba mythological founder.¹⁷ Without consideration of mass migration that started generations ago and due to which many non-Yoruba were born in south-western Nigeria, especially in Lagos, Gani Adams, leader of the more militant OPC faction, “claimed that Lagos belonged solely to Yorubaland. He

¹² Newswatch, Lagos, 30 November 1998, p. 11.

¹³ Africa Today, London, February 2000, p. 25.

¹⁴ Tell, Lagos, 31 January 2000, p. 19.

¹⁵ Tell, Lagos, 13 December 1999, p. 19.

¹⁶ Akinyele, R.T., ‘The Involvement of the Oodua Peoples’ Congress in Crime Control in Southwestern Nigeria’, in Fouchard, L. (ed.), *Gouverner les villes d’Afrique: État, gouvernement local et acteurs privés*. Paris, 2007, pp. 139-159.

¹⁷ Adebani, W., ‘The Carpenter’s Revolt: Youth, Violence and the Reinvention of Culture in Nigeria.’ *Journal of Modern African Studies* 43(3), 2005, pp. 339-365.

vowed to forcefully resist any attempts by the Igbo to ‘infiltrate’ Yorubaland”¹⁸. In 2000 OPC gangs attacked Igbo traders who were accused of having monopolized parts of the Alaba electronics market, and clashed with militias of the Ijaw community in Lagos. But their main targets were Hausa/Fulani, members of the biggest ethnic conglomerate in the North, whose leaders dominated Nigeria’s politics for nearly four decades. The Yoruba ‘warriors’ were not willing to accept that the biggest abattoir in Lagos was managed by Hausa butchers, and they also intervened at the Mile 12 market when Yoruba traders clashed with the Hausa Yam Sellers Association, giving their rivals an ultimatum “to cede control of the market”¹⁹. Another target was a radio station broadcasting BBC news in Hausa, the *lingua franca* of the North. The OPC also “accused the management of a private own local radio station in Nigeria – Raypower – of cultural imperialism for undermining the culture of Yoruba people”²⁰ and “threatened to deal with the radio station if the broadcast were not stopped within two weeks”²¹.

In its bid to claim the control over the land of their ancestors, the OPC involved a local policing strategy – vigilantism. When patrolling in quarters with a large proportion of ‘non-indigenes’, they were sometimes met with fierce resistance. In Aje-gunle, a multi-ethnic slum in Lagos, a major clash erupted in October 2001 when vigilante members pursued an alleged thief who happened to be a Hausa. The man on the run grasped his only chance to evade instant justice by hiding among some fellow Hausa who declined to hand him over to his prosecutors. The Yoruba fighters, however, insisted on their right to secure law and order in all parts of their hometown. They called in reinforcement and embarked on a “kill-and-burn operation”²² against the Hausa. From Ajegunle, the violence spread to other parts of Lagos State to the extent that the state governor had to call in the army and impose a curfew. After three days of fighting, when journalists could finally inspect the “war zones”, they saw the streets “littered” with corpses.²³ Between 2000 and 2005, OPC involved in large-scale violence in almost every part of Yorubaland in south-western Nigeria whereas certain legal issues remain at stake. Such included unlawful gathering, arson, violence, and treason. Whether these issues are to be viewed as contraventions to the Nigerian social order, i.e. the constitution and state regulations, deserves further critical examination.

Legal Perspectives of OPC

OPC’s establishment and its operation between 1993 and 2007 bother on some legal provisions of the 1999 Nigerian Constitution, namely the Establishment of the Federal Republic of Nigeria, the freedom of association, and regulations on security.

¹⁸ Adekson, A.O., *The “Civil Society” Problematique: Deconstructing Civility and Southern Nigeria’s Ethnic Radicalization*. New York/London, 2004.

¹⁹ Human Rights Watch World Report 2003a, pp. 14-16; Tell, Lagos, 13 December 1999, p. 15.

²⁰ Ikelegbe, A., ‘State, Ethnic Militias, and Conflict in Nigeria.’ *Canadian Journal of African Studies* 39(3), 2005, pp. 490-516.

²¹ Adekson, A.O., *The “Civil Society” Problematique: Deconstructing Civility and Southern Nigeria’s Ethnic Radicalization*. New York/London, 2004.

²² *The Source*, Lagos, 30 October 2000, p. 11; *Newswatch*, 6 November 2000, p. 23.

²³ *Newswatch*, Lagos, 30 October 2000, p. 22; Human Rights Watch World Report 2003a, pp. 16-18.

Section 2(1) of the 1999 Nigerian Constitution copiously states that “Nigeria is one indivisible and indissoluble sovereign state to be known by the name of the Federal Republic of Nigeria”²⁴. Furthermore, the Nigerian Criminal Code maintains that any attempt to break the indivisibility of the corporate existence of Nigeria through violence or seditious statements is regarded as treasonable felony punishable by imprisonment. The combined effect of these two provisions is that it is unlawful for individuals, groups of individuals, or any organization to operate in such a way that threatens the indivisibility of Nigeria. Between 1993 and 2007 many of the OPC activities have clear indications of threat to the corporate existence of Nigeria. Such activities include a public declaration of the O’odua nation by OPC in 2000 to which a Constitution was said to have been drawn. In 2001, in order to prepare for a possible secession of the Yoruba from the Federal Republic of Nigeria, OPC in its sixth pan-Yoruba congress decided to design a national flag and national anthem for its proposed O’odua nation.²⁵ In the strict sense of Nigerian law, these actions amounted to an affront on the sovereignty of Nigeria and were thus contrary to the provision of section 2(1) of the 1999 Constitution stated above. However, there are contrasting opinions about OPC’s violation of these legal provisions. While some, mainly OPC members, rationalize their actions on Yoruba nationalism and see nothing wrong in OPC’s legal abuses, others outside OPC see them as criminal conducts for which the OPC leaders should be held responsible. Many non-OPC members thus claim that OPC actions should be regarded as treason and its leaders should be punished accordingly.²⁶

While the Nigerian Constitution of 1999 contains a provision on freedom of association, it provides certain restraints against unlawful association.²⁷ It should be noted that lawful association has nothing to do with corporate registration of such association with the registering body, the Corporate Affairs Commission (CAC) in Nigeria. Whether the association registers with CAC or not, provided that the association does not operate in such a way that threatens the Nigerian social order, the association is still lawful. As noted in *Salmon v. Salmon Co. Ltd.*²⁸ corporate registration of an association only confers such association with legal status with responsibility to litigation as well as creating a capacity under the law for such association to be engaged in activities that may be accorded judicial respect. In essence, the coming together of some individuals into an association in protection of their shared interest makes such association a lawful one. Specifically section 40 of the 1999 Constitution states that “every person shall be entitled to assemble freely and associate with other persons, and in particular he may form or belong to any political party, trade union or any other association for the protection of his interest.”

In the context of this section of the constitution, Yoruba who are members of OPC have the right to form and operate OPC as an association provided that the association so founded is not meant to unleash violence or engage in activities that threaten the peaceful coexistence of ethnic groups in Nigeria. OPC, like many other

²⁴ The Nigerian Constitutions, 1963, 1979, 1999: A Compendium. Lagos.

²⁵ Harnischfeger, J., “‘Balance of Terror’: Rival Militias and Vigilantes in Nigeria.” *Africanistik online*, 2008, pp. 1-34.

²⁶ Responses gathered from key informant interviews in Lagos, Oyo and Ondo States, 2005.

²⁷ See section 40 of the 1999 Nigerian Constitution.

²⁸ *Salmon v. Salmon Co. Ltd.* (1897) AC 22.

socio-cultural groups of ethnic-based nationalism in Nigeria, do not portray clear evidence of corporate registration, yet they may be regarded as lawful associations if their activities do not contravene the 1999 constitutional provision as contained in section 40. Noting that freedom of association must be guaranteed in a way that ensures human social relationships, section 10 and 11 of the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights further emphasizes the right to association.²⁹

The above provisions notwithstanding, the right to association is not absolute, as decided in 2008 in *Ukpabio v. N.F.V.C.B.*, where the Nigerian Court of Appeal held that freedom to association is not absolute and cannot invalidate any law that is reasonably justiciable in a democratic society in the interest of defense, public safety, public (social) order, public morality and public health.³⁰ Similarly, it was held by the same Court of Appeal in *James v. Okereke*³¹ per Justice Saulawa, J.C.A., that nobody can be compelled to assemble and associate with other persons, even by operation of customary law.³² In the face of all the above stated constitutional provisions and case laws, some OPC's activities including inducement to violence, ethnic discrimination and infringement on fundamental human rights of others amount to unlawful activities that define OPC as an unlawful organization.

Having exposed the Nigerian state to ethnic threat and insecurity, OPC assumes the features of an unlawful organization. Accordingly, the Federal Government of Nigeria placed a ban on the organization in 2000. This tentatively forced the group to go underground in some areas. However, as OPC still enjoyed grassroots support, made possible by the group's link with Yoruba nationalism, it continued to operate in collaboration with local authorities. Its leaders became both political and cultural leaders in Yorubaland.³³ For instance, Fredrick Fasehun and Gani Adams, two of the OPC leaders, are regular participants in Yoruba political leadership platforms. Although reports claim that by early 2003, military actions by OPC had declined, the armed group remains active and visible and continued to endure intra-group crises that often jeopardized community peace and order.³⁴ While in 2004, incidents of violence by and against OPC have decreased, in 2006, the rival OPC leaders, Fasehun and Adams, were detained and charged with managing an illegal organization.³⁵ The two leaders were eventually released from prison, however, and OPC still continues to enjoy grassroots support as a Yoruba cultural organization that is deeply concerned with Yoruba liberation from the perceived socio-political marginalization.

Between 2000 and 2005, OPC assumed a notorious identity of an arsonist, murderer and the most violent ethnic militia in Nigeria. Yet the association enjoyed popular support among the Yoruba. OPC was associated with the killing of some police officers in Lagos in 2002, an incidence that suggests that OPC thrived on the weakness

²⁹ Organization of African Union Document 1981, CAB/LEG/67/3/Rev.5, 21 ILM.

³⁰ *Ukpabio v. N.F.V.C.B.* (2008) 9 NWLR (part 1092) 219 at 249.

³¹ *James v. Okereke* (2008) 13 NWLR (part 1105) 544 at 574.

³² See also *Osawe and others v. Registrar of Trade Unions* (1985) 1 NWLR (part 4) 755; *Agbai v. Okagbue* (1991) 7 NWLR (part 204) 391 at 432.

³³ Nolte, I., 'Ethnic Vigilantes and the State: The O'odua People's Congress in South-western Nigeria.' *International Relations* 21, 2007, pp. 217-235.

³⁴ Nigerian Police Force Headquarter, Abuja, Official Crime Report, 2003-2009.

³⁵ Nigerian Police Bulletin, No. 6, 2006; Human Rights Watch World Report 2003a, pp. 14-16.

of the social order that reflects on many aspects of the lives of Nigerian people, which drew and to some extent still draws on militant ethnic sentiment as a probable answer. While the social order degenerated to a near state of anarchy where groups of individuals continue to take law into their hands, rather than the law taking its course, ethnic marginalization is not only provided as the cause but it is also engaged as a panacea to the weakness of the social order. In the context of OPC, while many Yoruba could no longer publicly identify with the association's notorious identity, many still believed that OPC is a necessity and must be allowed to drive Yoruba nationalist consciousness.³⁶

Understanding the new trend of seemingly losing its popular support, starting from 2002, OPC began to re-orient itself into more community-friendly projects. Such projects included organizing public lectures and symposia and vigilantes³⁷ in south-western Nigeria. Thus, OPC's rebranding of its image was also constructed on the weakness of the social order. In Nigeria, where the public police has lost its value in national civil security control due to corruption and inadequate equipment, individuals or groups of individuals providing security as done by OPC seem to be rationalized as an alternative to police in community security. Thus OPC constructed vigilantism as a process of evaluation and judgement about the state failure to exercise legitimate power.

Seen as an expression of self-help, vigilante actions are attempts to defend a given social order by resorting to means that contravene normative rules meant to protect that order in the first instance.³⁸ Thus, vigilantism is a direct manifestation of chronic police failure and of the state in the provision of private and public security. Featuring in many Nigerian cities such as Onitsha where the Bakassi Boys vigilante group is active and in Aba in south-eastern Nigeria, Lagos and Ibadan which are under the influence of OPC, vigilantism evolved as a way of checking the unprecedented upsurge of violent crime, intimidation from gangs and apparent lack of effectiveness of the police.³⁹ Specifically in Onitsha, addressing the weakness of social order, the local traders mobilized the youths in the neighbourhood to provide security to arrest the local economy from being shattered by widespread violent crimes.⁴⁰ Therefore, OPC's vigilante activities were initially welcomed and regarded as an effort towards recreating Yoruba nationalism.

No sooner had the OPC begun to be involved in vigilantism, than new meanings started to be read, as its vigilante activities involved extra-judicial killings, violation of fundamental human rights and gross abuse of judicial processes in Nigerian criminal justice. Vigilantism, strictly speaking, is a subversion of the Nigerian principle of liberal democracy, especially of the constitutional provision for security

³⁶ Opinions drawn from interviews held between 2005 and 2008 in many Yoruba towns with some OPC members and non-members.

³⁷ Nolte, I., 'Ethnic Vigilantes and the State: The O'odua People's Congress in South-western Nigeria.' *International Relations* 21, 2007, pp. 217-235.

³⁸ Tankebe, J., 'Self-help, Policing and Procedural Justice: Ghanaian Vigilantism and the Rule of Law.' *Law and Society* 43(2), 2009, pp. 245-270.

³⁹ Meagher, K., 'Hijacking Civil Society: The Inside Story of the Bakassi Boys Vigilante Group in South-eastern Nigeria.' *Journal of Modern African Studies* 45, 2007, pp. 89-115.

⁴⁰ Harnischfeger, J., 'The Bakassi Boys: Fighting Crime in Nigeria.' *Journal of Modern African Studies* 41, 2003, pp. 23-49.

regulation and above all an abuse of the principle of the rule of law as the benchmark for social order in the 21st century global context. OPC vigilante action is declared illegal by the content of section 214(1) of the 1999 Nigerian Constitution, which states that “there shall be a police force for Nigeria, which shall be known as the Nigerian Police Force and subject to the provisions of this section no other police force shall be established for the Federation or any part thereof.”

Section 214(2) further stresses that “subject to the provision of this constitution – (a) the Nigerian Police Force shall be organized and administered in accordance with such provisions as may be prescribed by an act of the National Assembly.”

The imports of the above constitutional provisions are very clear to the extent that it is an illegal activity for any group of people to establish any organization in Nigeria that arrogates to itself the duty of the Nigerian Police Force. Even if there is a need to do so by any section of the Federation of Nigeria, such has to be done by an act of the National Assembly. Since the establishment of OPC and its creation of vigilantism in south-western Nigeria were clearly not by an act of the National Assembly, OPC vigilante activities constitute an abuse of the constitution. While it is argued by some members of OPC that their vigilante actions are exigencies that arose from increasing upsurge of violent crimes which the Nigerian Police Force could not adequately handle, yet constitutional provision does not empower OPC to take control of security regulation in south-western Nigeria which still remains a part of the Nigerian federation. Specifically, section 11(1) of the 1999 Constitution dealing with public order and public security maintains that

[...] the national assembly may make laws for the federation or any part thereof with respect to the maintenance and securing of public safety and public order and providing, maintaining and securing of such supplies and services as may be designed by the National Assembly as essential supplies and services.

This constitutional provision suggests that even if there is any exigency that warrants a collaborative effort in terms of the organizational security outfit of the Nigerian Police Force, an act of the National Assembly is a must to enable that such action passes the test of constitutionality.

Besides, OPC vigilante actions endanger the fundamental human right of fair hearing contained in section 36 of the 1999 Nigerian Constitution. The right is inalienable and it is an indispensable requirement of any judicial decision. It entails a trial with the rules of natural justice. Vigilante actions engaged by OPC also constitute a breach of the Nigerian judicial process as OPC usually subjects their victims to trial by ordeal. As noted by the Nigerian Court of Appeal per Justice Omoleye, J.C.A.,⁴¹ the right of fair hearing is a serious fundamental right in the Constitution and a breach thereof has negative implications on the proceedings of a court. The above taken together with the decisions in *Nwokocha v. MTN*⁴² and that in *Irolo v. Uka*⁴³ OPC’s activities related to trial by ordeal are a contravention to the Nigerian social order. The right to fair hearing of the accused as contained in section 36 of the 1999 Constitution is violated by OPC vigilantism, as many of the accused are denied for-

⁴¹ *Uwazurike v. AG Federation* (2008) 10 NWLR (part 1696) 466.

⁴² *Nwokocha v. MTN (Nig) Communications Ltd* (2008) 11 NWLR (part 1099) 460.

⁴³ *Irolo v. Uka* (2002) 14 NWLR (part 786) 195.

mal judicial process in dispensation of justice against them. In many occasions, OPC engaged in public burning of the accused persons, without being subjected to court procedure.⁴⁴

Similarly, the right to dignity of human persons contained in section 34 of the 1999 Nigerian Constitution and declared in *Alhaja Abibabatu Mogaji and others v. Board of customs and Excise and others*⁴⁵ is disrespected in OPC vigilante activities. OPC vigilantism includes the use of local charms and rituals that compel the members of the organization to engage in secret initiation⁴⁶ in a bid to assert trust and allegiance to the group⁴⁷. As OPC continues to rely on some aspects of Yoruba traditional mechanisms of security regulation, the organization falls within the scope of Yoruba nationalism, on one hand. On the other, the use of traditional mechanisms of vigilantism violates the personal dignity of its members, as members are made to undergo ritual and other local security repertoires that denigrate their persons.

Conclusion: Yoruba Nationalism, OPC and Social Order in Nigeria

The emergence of Yoruba nationalism can be constructed on the need for social order among the various Yoruba sub-groups in the pre-colonial time. As noted by Samuel *Johnson*⁴⁸, the invention of a pan-Yoruba identity was to put an end to inter-tribal warfare that was prevalent among the Yoruba sub-groups in the pre-colonial era. Following the end of inter-tribal warfare, another challenge to the social order in Yoruba society was the social and cultural marginalization which the early Yoruba Christian elites suffered in the hand of European missionaries and subsequently the non-inclusion of the Yoruba elites in the British colonial administration. While these aspects form the basis of Yoruba nationalism between the early 19th and late 19th century, the political competition between the Yoruba colonial and post-colonial political elites and their counterparts from other ethnic groups in Nigeria provided the ground of Yoruba nationalism in post-colonial Nigeria. The foregoing discussions suggest that right from its foundation Yoruba nationalism faced the challenges of a weak social order which forms the basis for the violent and illegal agitations by Yoruba nationalists, especially the O'odua Peoples' Congress.

OPC dwells on the need to set a new order for the Yoruba people in Nigeria. Campaigning for more access to Nigerian political power and entrenching Yoruba superiority over other ethnic groups in Nigeria, OPC sees others – non-Yoruba, especially the Hausa/Fulani and the Igbo – through the lens of antagonistic politics. In a bid to create an exclusive belonging for the Yoruba in Nigeria, OPC continues to violate the constitutional rights of others and has created a state of disorder featuring arsons, murder and a state of insecurity. As argued by *Harnischfeger*⁴⁹, OPC like many

⁴⁴ Opinions gathered from non-members of OPC in Inisa, Osun State, 2005.

⁴⁵ *Alhaja Abibabatu Mogaji and others v. Board of Customs and Excise and others* (1982) 3 NCLR 552 at 562.

⁴⁶ Opinion collected from an OPC leader in Ibadan city, 2006.

⁴⁷ *Nolte, I.*, 'Ethnic Vigilantes and the State: The O'odua People's Congress in South-western Nigeria.' *International Relations* 21, 2007, pp. 217-235.

⁴⁸ *Johnson, S.*, *History of the Yoruba*. Lagos, 1921.

⁴⁹ *Harnischfeger, J.*, 'The Bakassi Boys: Fighting Crime in Nigeria.' *Journal of Modern African Studies* 41, 2003, pp. 23-49. *Harnischfeger, J.*, 2008. "'Balance of Terror': Rival Militias and Vigilantes in Nigeria.' *Afrikanistik online*, 2008, pp. 1-34.

other Nigerian ethnic militia groups constitutes a serious threat to the corporate existence of Nigeria as its illegal activities nearly brought Nigeria to a halt between 2002 and 2007. Thus, OPC seems to have worsened the social orderliness of the Nigerian state through its illegal and unconstitutional conducts mostly between 1993 and 2006.

In conclusion, while it can be argued that nationalism is a desirable occurrence in a pluralistic society like Nigeria, it is imperative that agents of nationalism act in accordance with the orders and regulations of the state.

*Jörg Kleis**

Legal Transplants for African Economic Integration?

Abstract

Regional Economic Communities (RECs) enjoy increasing attention. The supposedly tangible demand for and usage of “Euro-inspired” legal modules in the West and East African integration process raises the question whether such transplants pose feasible approaches at all. Experiences from the Economic Community of West African States (ECOWAS) and the East African Community (EAC) rather suggest the opposite because their regimes differ tremendously in terms of their political, economic, socio-cultural and historical backgrounds.

Despite the strong resemblance between the African and the European integration process, decisions by the ECOWAS and EAC Courts of Justice, which are essential stakeholders in their respective communities, reveal that one should only diligently and carefully derive the proper legal expectations for African regional communities. Therefore can neither the EU nor the European Court of Justice (ECJ) ever be an exclusive measure of all integrative efforts in African regional communities.

I. Introduction

Over the last years Regional Economic Communities (RECs) in sub-Saharan Africa have gained more and more attention from scholars worldwide, a fact stemming from the notion that integration can be a means of boosting economic development by promoting cross-border traffic of people, goods and services, but also of defying social problems by fostering transformations in good governance processes including the protection of human rights. Especially the success story of the Court of Justice of the European Union (ECJ) imposes the idea to compare tools of European integration, such as supremacy, direct applicability and direct effect of community law with those in African sub-regions. Yet, experiences from the Economic Community of West African States (ECOWAS) and the East African Community (EAC) show that they are not compelling, but rather call for caution when it comes to such legal transplants. This especially applies to recent developments in the areas of economic freedoms and human rights, which are important factors of integration for both communities. The disputes about human rights before the EAC Court of Justice (EACJ) and economic freedoms before the ECOWAS Court of Justice (ECOWASCJ) reflect the current needs and typical obstacles that are lying ahead of

* Jörg Kleis graduated from the Freie Universität Berlin in 2009 and worked as a research fellow at the chair for German and international public law of Prof. Heike Krieger. He is currently a scholar with the Friedrich-Naumann-Foundation and working on his dissertation in the field of regional integration through community court jurisprudence in sub-Saharan Africa including research visits with the ECOWAS Court of Justice in Nigeria, the SADC Tribunal in Namibia and the EAC Court of Justice in Tanzania.

deeper integration and shall therefore serve as examples to explain that the cut and dried application of Euro-inspired legal transplants does not work as a panacea.

II. Sub-regional human rights protection: *Katabazi v. Uganda*

ECOWAS, which has thus far more often proven its military power than its role as a generator of economic growth, vested its Court with explicit human rights jurisdiction in 2005.¹ Until 31 October 2012, the ECOWASCJ has delivered a notable amount of 112 decisions, which are almost entirely human rights-related.² In most cases it interpreted and applied the African Charter of Human and Peoples' Rights (ACHPR) and thereby helped litigants pursue their claims.³ The EAC, on the other hand, has pursued integration at a more rapid pace with efforts being more advanced and highly commensurable in contrast to West Africa. While ECOWAS is technically still a free trade area with a few common market features and preparing to become a customs union, the EAC is currently implementing measures to operate as a full-fledged common market.⁴

Alike its West African sister court, the EACJ has for quite a few years been developing a sub-regional human rights protection layer. Despite the fact that Article 27(2) of the EAC Treaty states that the Court's "human rights jurisdiction will be determined by the Council at a subsequent date", it has begun ruling on cases that contain human rights references. In 2007, it rendered its landmark decision in *James Katabazi and 21 others v. Attorney General of the Republic of Uganda and others*, a case that exemplifies how the Court has fortified its standing as a young institution. The applicants *inter alia* claimed an infringement of Articles 7(2), 8(1)(c) and 6 of the Treaty for their arbitrary detention and thereby the member states' obligation to guarantee the community principles of "good governance, [...] democracy, the rule of law, [...] as well as the recognition, promotion and protection of human and peoples' rights". The Court tackled the alleged contradiction between Article 27(1), which provides the Court with jurisdiction over the interpretation and application of the Treaty, and the said Article 27(2) by providing the following answer:

Does this Court have jurisdiction to deal with human rights issues? The quick answer is: No it does not have. It follows [from Article 27(2)] that this Court may not adjudicate on disputes concerning violation of human rights *per se*. However, let us reflect a little bit. [...] Article 6 sets out the fundamental principles of the Community which governs the achievement of the objec-

¹ ECOWAS Supplementary Protocol A/SP.1//01/05 amending the Preamble and Articles 1, 2, 9 and 30 of Protocol A/P.1/7/91 relating to the Community Court of Justice and Article 4, Paragraph 1 of the English version of the said Protocol.

² The decisions were made up of 55 judgments, two of which were advisory opinions, and 57 rulings. They also contain several community-staff disputes.

³ See for example ECOWASCJ, *Hadijatou Mani Koraou v. The Republic of Niger*, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/06/08.

⁴ Typical economic integration models suggest a free trade area, followed by a customs union, then a common market and eventually an economic union for regional trade arrangements. The various stages entail a gradual process of lowering barriers of trade, which is why it should be noted that the stages are not watertight. The degree of harmonization of national policies may vary in each of them, depending on the political will of member states. Communities may therefore dispose of features of more than one stage throughout the various areas their respective member states intend to cooperate in.

tives of the Community [...] Of particular interest here is paragraph (d) which talks of the rule of law and the promotion and the protection of human and peoples' rights in accordance with the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights.⁵

In conclusion, the Court found that

[...] while [it] will not assume jurisdiction to adjudicate on human rights disputes, it will not abdicate from exercising its jurisdiction of interpretation under Article 27(1) merely because the reference includes allegation of human rights violation.⁶

It thereby did not close the door on human rights entirely, because if a dispute gives the Court jurisdiction under Article 27(1), the fact that it involves human rights is merely incidental. This is a dynamic approach serving the community, because if the Court could not rule on any potential misconduct by a member state that touches the fundamental objectives contained in Article 6(d), there would be no organ left in charge of interpreting and safeguarding the principles necessary for regional integration. The judgment served as a starting point for other related decisions in 2010 with all judgments managing to legally reconcile the balancing act between the barrier of Article 27(2) and the principles of Article 6. In *Emmanuel Mwakisha Mjawasi and 748 others v. Attorney General of the Republic of Kenya* the Court circumscribed in more detail what it had meant in *Katabazi*:

It is not in dispute that the steps in Article 27(2) have not yet been taken. [...] However, in this Reference, this Court is neither being asked to adjudicate on a dispute concerning violation of human rights *per se* [...] The Court is being asked to determine whether the alleged failure by the Kenya Government to pay the Claimants their terminal benefits constitutes a violation of Articles 6(d) and 7(2) of the Treaty. The fact that the Reference also contains allegations of violations of human rights under the conventions listed therein cannot prevent this Court from exercising its mandate under Article 27(1) of the Treaty.⁷

Later, in *Plaxeda Rugumba v. Secretary General of the EAC and others* it additionally concluded that the relationship between Article 27(1) and (2) is that the latter is meant as an addition to and not as a derogation from the existing jurisdiction provided by the first to interpret Articles 6(d) and 7 of the Treaty.⁸ Therefore,

[w]hen the Applicant seeks to know whether the Subject's arrest and detention was a breach of the Treaty, she is not asking the Court to interpret the enforcement of any human right available to the Subject, because this court would obviously have no such Jurisdiction. All she is seeking are certain

⁵ EACJ, *James Katabazi and 21 others v. Secretary General of the East African Community and others*, Reference No. 1 of 2007, p. 14.

⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁷ EACJ, *Emmanuel Mwakisha Mjawasi and 748 others v. Attorney General of the Republic of Kenya*, Reference No. 2 of 2010, p. 6.

⁸ EACJ, *Plaxeda Rugumba v. Secretary General of the EAC and others*, Reference No. 8 of 2010, p. 16.

declarations within the mandate of the Court and we have said why such Jurisdiction to make such declarations exists.⁹

The extracts presented show a certain development, one by which the Court further shapes its own reasoning, and reveal parts of its self-perception as the sole interpreter of EAC law. These are remarkable developments against the background that both Courts have just become factually active in 2004 and 2005 respectively. What they have contributed to is the slow but sure construction of a fourth human rights protection level at the sub-regional level, besides the already existing national (constitutional), regional (continental) and universal levels. Moreover, the applications embody the need for human rights. Even though there may be no immediate link between sub-regional human rights protection and economic integration, its rationale lies in the dependency between national political stability, peaceful co-existence and the common objective to integrate regionally.¹⁰

III. The development of economic freedoms: *Pinheiro v. Ghana*

Even though human rights do play a significant role, both Courts need to shift their focus towards the bread and butter issues of integration, which are economic freedoms. This can however only happen if, first, both communities embrace economic freedoms as full parts of their community law and, second, if REC Courts are endowed with according jurisdiction to rule over respective applications. In the EAC, the first condition is not met, but economic freedoms are currently being implemented through a common market protocol. In ECOWAS such economic freedoms have existed since the 1980s. But what the ECOWASCJ is lacking is jurisdiction to rule over cases stemming from individuals relating to failures by member states to honour their treaty obligations including those arising from economic freedoms, such as the ones enshrined in the ECOWAS Protocol on Free Movement of Persons and the Right of Residence and Establishment.¹¹ In the 2012 case of *Kemi Pinheiro v. The Republic of Ghana*, the ECOWASCJ accordingly rejected an application of a Nigerian lawyer who sought access to the Ghanaian legal market. It stated that

[...] contrary to other situations in which individuals are allowed direct access to the Court, in particular, for actions [...] against Member States for violations of human rights (Article 10(d)), the Protocol on the Court does not empower individuals with the *locus standi* to sue a Member State for violation of its obligations enshrined in Community texts. According to Article 10(a), only a Member State or the ECOWAS Commission has access to the Court to compel a Member State to fulfill an obligation.¹²

⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰ While it is recommended to pursue this promising development of sub-regional human rights protection there do remain legal questions such as the relationship between RECs and the national and the continental level provided by constitutions and the ACHPR respectively, the normative sources and applicable law and the suitability of – intrinsically trade-related – REC Courts as proper fora for human rights litigation.

¹¹ ECOWAS 1979 Protocol A/P.1/5/79 relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment, 29 May 1979, 1906 U.N.T.S. 32496.

¹² ECOWASCJ, *Kemi Pinheiro v. The Republic of Ghana*, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/11/12, p. 5 (para. 24).

The case had strong integrative implications and hence lots of potential for the development of ECOWAS community law. This jurisdictional gap has finally been acknowledged by ECOWAS leaders, both politicians and technocrats. It is true that the Court did have a positive effect on human rights protection in West Africa, an element of integration that should not be underestimated as any regional system strives for the legitimacy of its people. Nonetheless, its competences must be expanded to actually rule on issues that concern economic integration, foremost economic freedoms of natural and legal persons. With time passing by and intra-regional trade increasing, more pertinent applications will be filed. This is where the Court must play its role as a community stakeholder by rendering trade-related landmark cases and thereby developing community law.

If the Court had been vested with jurisdiction it could have ruled on the Protocol's direct effect and thereby have fortified what is already – at least theoretically – ECOWAS policy, namely the direct effect and applicability of ECOWAS primary and secondary law.¹³ Because what remains mostly unknown to outsiders is that the transition of the ECOWAS Secretariat as a supervising organ into the ECOWAS Commission brought along fundamental changes within the ECOWAS legal regime. Since 2010 all ECOWAS measures, primary and secondary law, have been directly applicable in ECOWAS member states and no longer need national implementation measures. However, as progressive as this may be, there remain great challenges of putting theory into practice as member states are institutionally too weak, bureaucratic and ineffective to forward the contents of community law to the responsible contact points.¹⁴ But also the ECOWAS Commission can be criticized for not catching up on its key task as a supervisor by following up on the implementation processes within the member states. Likewise, the EAC Treaty spells out the principle of supremacy of community law in Article 8(5), but this only entails national statutory laws and not constitutional laws. Instead of a top-down approach member states see the future of the EAC in common gradual growth through the harmonization of national policies.¹⁵ Still, an internal EAC paper analyzes that

[t]he question of sovereignty may impact on the Partner States' will and commitment on the harmonisation process. [...] Related to this general problem is the fact that the East African Community does not have [a] clear mandate to police enforcement of Council decisions [...] Accordingly in most cases the

¹³ http://www.comm.ecowas.int/dept/stand.php?id=a_about&lang=en (accessed 2 January 2013).

¹⁴ For example, the Free Movement Protocol lacks consistent enforcement in ECOWAS member states as in the case of ECOWASCJ, *Femi Falana and another v. The Republic of Benin and others*, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/02/12, in which the applicants were prevented from crossing the Togo-Benin border.

¹⁵ An EAC press release issued in February 2010 by the EAC Secretariat mirrors the same idea as it reports about a sub-committee meeting on the approximation of national laws of EAC member states. The meeting explicitly dealt with Article 8(4), (5) of the EACT. The participants agreed on the interpretation of the provision stating that national constitutions do not fall in the category of "similar national ones" as envisaged under Article 8(4) of the EACT and as such they were superior to it.

decisions of the Sectoral Council on Legal and Judicial Affairs regarding harmonisation often remain unimplemented.¹⁶

Conclusion

The fact that both Courts are currently busier hearing human rights-related applications shows that there appears to be a higher demand in securing fundamental principles, such as good governance or the rule of law, than in the assertion of trade-related economic freedoms. Nevertheless, this is a natural development as communities should not rush, but take one step at a time. The EACJ and the ECOWASCJ are still young institutions, which must fortify their standing. But they do have the potential to contribute to their communities' goals through their own jurisprudence if their jurisdiction is extended and the quality of applications changes towards common market issues.

This being said, integration takes time. Courts must not become too active in their early years, but be careful with dynamic approaches. Even though the EAC can be called superior in terms of its overall progress, one should abstain from improper expectations. State consent and the obstacle of national sovereignty remain variables in the process. African governments are well aware of the advantages of integration and they know that at the beginning of the 21st century states can no longer decide about their economies independently. Yet, negotiations facilitating cross-border trade and investments or the assertion of individuals' rights through treaty amendments or additional protocols are cumbersome as governments are reluctant to transfer competences to their respective communities and amend court protocols. This is also part of the reason why the EAC and ECOWAS contain different features in terms of institutions or legal principles, a fact that shows that the road to integration for African RECs is neither prescribed nor uniform. Also, they vary in size, have their own distinct history, operate in several different economic environments and, above all, social and political realities. It is therefore indispensable to include post-colonial history, the process of nation-building, the varying degree of appreciation of democracy, the rule of law and human rights in any analysis that relates to sub-Saharan Africa. The features in both RECs may gradually resemble those of the EU. After all, ECOWAS has a Commission and established relational principles. The crux, however, lies in their factual enforcement. The same accounts for Council of Minister decisions in the EAC. Even the best theoretical concept on community law supremacy will not work without proper community-state communication, adequate national resources, trained personnel and a strategy on how to handle the magnitude of the expected work – the greatest problems yet to be tackled.

In conclusion, drawing inspiration from the EU should not be misconstrued as indispensability for RECs to strike the same paths. This is the reason why it is problematic to make assumptions or recommendations about legal transplants. It is important to pay consideration to the specific features and specific challenges that regional differences in Africa bring along. Comparisons can only be made when they appear logical, parallels only be drawn where they become helpful and necessary. The European experience may offer insights for the integration process of the

¹⁶ Wilbert T.K. *Kaahwa*, *The State of Harmonisation of Municipal Laws in the East African Community*, Text by the Counsel to the East African Community (Doc. No. 19), Arusha, 2010, pp. 13 *et seq.*

RECs so that African lawyers and politicians may rely on or refer to it. Hence, even their Courts may draw inspiration from ECJ judgments. Nonetheless, future approaches should follow the maxim that regional problems call for regional solutions as it is also a growing conviction among African governments and peoples.

Siméon Patrice Kouam*

La réception du droit français dans la construction d'une théorie générale de droit international privé camerounais : Réflexion à partir de l'avant-projet de code des personnes et de la famille¹

Résumé

Depuis les indépendances, la codification du droit des personnes et de la famille est une préoccupation constante au Cameroun. Contrairement à de nombreux pays africains qui ont légiféré en la matière, le législateur camerounais reste attentiste et ses interventions se font très souvent de façon sporadique. Pourtant, à l'aide d'un code des personnes et de la famille, la complexité actuelle du système juridique, avec des conflits de toutes sortes, devait être jugulée.

Certes, il fallait être prudent dans les matières qui touchent de trop près à la personnalité des individus, mais au fond, l'attentisme se justifiait surtout par la nécessité d'opérer un choix de politique législative. Tuer le droit coutumier et ne garder que le droit moderne, ou alors le laisser survivre à côté de ce droit moderne et avoir une législation adaptée à la mentalité des populations. Quelle devait être *la part* du droit « purement » camerounais face à *l'apport* du droit occidental ? C'est la délicate question à laquelle les rédacteurs de l'avant-projet de code des personnes et de la famille devaient répondre.

Pour le droit international privé, on a constaté que la tendance est de museler la coutume en recourant presque exclusivement au droit français. Le « droit nouveau » imploré par la doctrine semble encore lointain. Telle est la conclusion de la présente étude qui évaluait l'état d'avancement des travaux de construction d'une théorie générale de droit international privé dans l'avant-projet de code des personnes et de la famille à partir des solutions du droit français. L'attente aura été longue pour ... rien ?

Introduction

La problématique de la codification du droit privé en Afrique au lendemain des indépendances s'est résumée à un choix à opérer entre une réception totale de la législation de l'ancienne puissance coloniale en supprimant le droit coutumier, et une réception partielle qui devait, avec le droit coutumier local, donner naissance à un droit adapté à la mentalité des populations.² Pour les matières comme le droit

* Docteur/PhD en droit privé, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré, Cameroun, e-mail: sikompahom@yahoo.fr.

¹ Ci-après avant-projet de code (dans sa mouture de mars 2012).

² Voir D. *Abarchi*, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du Droit », *Penant* n° 842, 2003, pp. 88-105, spéc., p. 105. Voir aussi E. *Schaeffer*, « Aliénation, réception, authenticité : réflexions sur le droit du développement », *Penant* n° 745, 1974, pp. 311-332 ; G.A. *Kouassignan*,

commercial ou le droit des obligations qui ne touchaient pas directement à la personnalité des africains, et qui pouvaient servir de levier au développement, la reconduction des textes coloniaux n'a posé aucune difficulté particulière. Par contre, dans celles qui avaient trait à la famille et la terre, la méthode nécessitait sagesse et délicatesse. La famille, comme la terre, est fortement enracinée dans les traditions. Elle est le reflet des mœurs et de la nature profonde des individus. C'est pourquoi, contrairement à d'autres pays comme la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Mali, le Sénégal, le Gabon, le Togo, le Burkina-Faso et le Congo qui ont adopté chacun un code de la famille, le Cameroun reste encore attentiste.³

Sur le chantier de l'élaboration d'un code des personnes et de la famille, on échafaude tous les jours. Pourtant, de nombreux auteurs⁴ ont indiqué des pistes susceptibles de déboucher sur un droit camerounais des personnes et de la famille qui réaliserait un compromis entre tradition et modernité. Ainsi, qu'il s'agisse du droit

Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, Paris, 1974, spéc., pp. 271-275 ; L. *Koffi-Ameaga*, « Dix ans de droit en Afrique noire », *Penant* n° 736, 1972, pp. 285-300 ; S. *Mélone*, « La technique de la codification en Afrique : pratique camerounaise », *Revue juridique et politique Indépendance et Coopération (RJPIC)* n° 3 et 4, 1986, p. 308.

³ Plusieurs idées ont été avancées pour justifier cet attentisme auquel d'ailleurs on attribue un souci d'efficacité. La première justification est que le Cameroun voudrait voir l'efficacité des initiatives prises par les Etats voisins, en laissant à la jurisprudence le soin de dégager des grandes tendances qu'il appartiendra au législateur d'intégrer tout simplement. Une autre réflexion pense qu'il faut éviter toute initiative hâtive, chef d'œuvre sur le plan technique, mais inefficace sur le plan pratique, traumatisant sur le plan psychologique, aliénant sur le plan culturel, inefficace sur le plan sociologique, déséquilibrant sur le plan économique. La prudence du législateur apparaissait donc fondée. Quelques rares fois qu'il est intervenu en droit de la famille (1966, 1968, 1981), c'était simplement pour régler un aspect qu'il estimait urgent. Ce fut le cas avec les lois de 1966 et 1968 dictées par la nécessité de donner un coup de barre énergique à la montée galopante du taux de la dot. Voir P.G. *Pougoue*, *La famille et la terre : essai de systématisation du droit privé au Cameroun*, Thèse, Université de Bordeaux, 1977, p. 7.

⁴ Voir à titre indicatif : S. *Mélone*, *La parenté et la terre dans la stratégie du développement : l'expérience camerounaise*, Thèse, Université de Paris, 1968 ; M. *Nkouendjin Yotnda*, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, Paris, 1975 ; P.G. *Pougoue*, *La famille et la terre ...*, *op. cit.* ; S. *Ombiono*, *L'application de la loi du 07 juillet 1966 portant diverses dispositions relatives au mariage dans l'ex-Cameroun oriental*, Thèse de Masters Degree, Université de Yaoundé, 1979 ; L. *Elomo Ntonga*, *L'enfant naturel en droit camerounais*, Thèse de Masters Degree, Université de Yaoundé, 1979 ; B. *Banamba*, *Les conflits de droits et de lois dans le système juridique camerounais (Droit des personnes et de la famille)*, Thèse, Université Paris II, 1993 ; B. *Djuidje*, *Ordre juridique pluraliste et droit international privé : le cas du Cameroun*, Thèse, Université Paris X, 1997 ; S. *Tabé Tabé*, *A comparative study of causes and ramifications of divorce under statutory law in Cameroon*, Thèse 3^e cycle, Université de Yaoundé II – Soa, 1997 ; V. *Akomndja Avom*, *Les incidences du mariage et du divorce en droit camerounais de la famille à la lumière du droit français*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon II, 1998 ; M. *Timtchueng*, *Le droit camerounais de la famille entre son passé et son avenir*, Thèse 3^e cycle, Université de Yaoundé II – Soa, 2000 ; Th. *Atangana-Malongue*, *La protection de l'enfant : étude du droit positif camerounais à la lumière de la convention relative aux droits de l'enfant*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon III, 2001 ; Th. *Olomo Bessomo*, *Le droit des successions au Cameroun : entre tradition et modernité*, Thèse, Université de Yaoundé II – Soa, 2003.

extrapatrimonial ou du droit patrimonial de la famille, qu'il s'agisse des conflits internes ou des conflits internationaux de lois,⁵ la complexité⁶ actuelle du système juridique pourrait être maîtrisée, par des réponses adéquates aux problèmes qui se posent.

Pour la théorie générale du droit international privé de manière spécifique, le constat doctrinal⁷ de la pauvreté quantitative et qualitative des sources a conduit dans la majorité des cas relatifs à la technique de codification, à plaider pour la réception du droit français auquel on devrait ajouter une pincée de droit coutumier. Ce mélange constituerait ce qu'un auteur averti a appelé « un droit commun futur »⁸. Lorsqu'elle est présentée de cette manière, on a l'impression que la solution va de soi. Il n'en est rien. Parmi les quatre branches traditionnelles du droit international privé, seuls les conflits de lois et les conflits de juridictions peuvent être concernés par une telle solution, étant donné que le système juridique camerounais actuel est un foyer du droit des conflits. Toutefois, aborder la théorie générale du droit international privé en se limitant aux conflits de lois et aux conflits de juridictions peut paraître inefficace. L'argument, pour pertinent qu'il soit, n'est pas décisif. En effet, l'une des spécificités du droit international privé en dehors du fait qu'il s'agit d'« un droit savant »⁹ au vocabulaire un peu ésotérique, réside dans le choix entre une conception large et une conception étroite de la matière. La conception large englobe la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridictions. La conception étroite limite le droit international privé au droit des conflits : conflits de lois et conflits de juridictions.

⁵ Dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, les règles relatives à la théorie générale du droit international privé se trouvent dans le code des personnes et de la famille. Cela peut se comprendre, puisque, le droit des personnes et de la famille est le terrain d'élection par excellence des conflits de lois, suites logiques des conflits de juridictions.

⁶ Le droit positif camerounais est complexifié par l'existence en droit interne d'une pluralité de droits en conflit mettant en jeu deux formes de dualisme. La première forme oppose le droit coutumier au droit moderne. La seconde forme oppose le système de la *common law* en vigueur dans la région anglophone du Cameroun et le système civiliste en vigueur dans la région francophone du Cameroun. Pour l'inventaire de ces conflits et les tentatives de solutions, voir D. *Zambo Zambo*, Le droit applicable au Cameroun : essai sur les conflits de lois dans le temps et dans l'espace, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009.

⁷ Voir P.G. *Pougoue*, La famille et la terre ... *op. cit.* ; B. *Banamba*, Les conflits de droits et de lois ..., *op. cit.* ; B. *Djuidje*, Pluralisme législatif camerounais et droit international privé, Paris, 1999; M. *Timtchueng*, Le droit camerounais de la famille ..., *op. cit.* Rappr. en droit ivoirien, L. *Idot*, « Eléments d'un droit international privé africain : l'exemple de la Côte d'Ivoire », Revue Juridique Africaine n° 1, 1990, pp. 7-35. Cette doctrine fait observer que dans de nombreux pays d'Afrique noire francophone, les sources internes du droit international privé se limitent aux articles 3, 14 et 15 du code civil ; les sources internationales sont presque inexistantes, ces pays n'ayant pas adhéré aux conventions internationales élaborées en la matière à La Haye, seules des conventions de coopération judiciaire avec la France tiennent lieu de sources internationales, auxquelles on doit ajouter les règles matérielles contenues dans les Actes uniformes OHADA. Quant à la jurisprudence qui aurait pu combler ce déficit, lorsqu'elle n'ignore pas purement et simplement le caractère international du litige, l'aborde avec des méthodes étrangères à la matière.

⁸ B. *Djuidje*, Pluralisme législatif camerounais ..., *op. cit.*, p. 372, n° 221.

⁹ B. *Oppéit*, « Le droit international privé : droit savant », Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI) n° III, 1992, p. 335.

Le Cameroun comme la France, a opté pour une conception large,¹⁰ mais en disséminant les sources. L'avant-projet de code ne traite pas de la condition des étrangers, sinon de quelques aspects.¹¹ Il faut se référer à la loi de 1997¹² sur l'entrée et le séjour des étrangers au Cameroun et la loi de 2005¹³ sur le statut des réfugiés au Cameroun pour avoir une vue complète de la question.

La nationalité y occupe certes une place de choix, mais ne pose pas de difficulté particulière.¹⁴ Le domaine de la présente réflexion relative à la théorie générale du

¹⁰ Selon les Etats, l'objet du droit international privé est conçu de façon plus ou moins extensive. Dans les pays anglo-saxons par exemple, il est limité au droit des conflits de lois et de juridictions. La nationalité et la condition des étrangers relèvent du droit public pur. En Allemagne et en Italie, la conception du droit international privé est encore plus restreinte car elle ne s'applique qu'aux conflits de lois, les conflits de juridictions étant abordés en procédure civile. La conception française quant à elle, est très large puisqu'elle concerne quatre domaines spécifiques : la nationalité ; la condition des étrangers ; les conflits de lois ; les conflits de juridictions. La plupart des Etats d'Afrique noire francophone ont adopté la même conception « large » du droit international privé.

¹¹ Par exemple, l'article 35 de ce texte pose des conditions au demandeur étranger devant les juridictions camerounaises :

Sous réserve des conventions judiciaires passées entre le Cameroun et les autres Etats, l'étranger demandeur ou intervenant doit, en matière civile et commerciale, élire domicile dans le ressort du tribunal saisi et fournir une caution, sauf s'il est domicilié au Cameroun et y possède des biens d'une valeur suffisante pour garantir le paiement des frais de justice et éventuellement, des dommages-intérêts résultant du procès.

¹² Loi n° 97/012 du 10 janvier 1997 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun, complétée par le décret n° 2000/286 du 12 oct. 2000 précisant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers du Cameroun. Voir S.P. *Levoa Awona*, L'entrée et le séjour des étrangers au Cameroun, Mémoire de DEA en droit privé, Université de Yaoundé II, 2002-2003.

¹³ Loi n° 2005/006 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun, complétée par le décret n° 2011/389 du 28 novembre 2011 portant organisation et fonctionnement des organes de gestion du statut des réfugiés et fixation des règles de procédure. Voir S.P. *Kouam*, Le statut des réfugiés au Cameroun, Mémoire de DEA en droit privé, Université de Yaoundé II, 2005-2006.

¹⁴ En dehors de l'hypothèse de la double nationalité consacrée par l'avant-projet (art. 81), les autres dispositions relatives à la nationalité, sont à quelques exceptions près, les mêmes que celles de la loi du 11 juin 1968 portant code de la nationalité camerounaise. Pour une étude complète sur la nationalité camerounaise, voir V. *Tchokomakoua*, Etude critique de la loi du 11 juin 1968 portant Code de la nationalité camerounaise, Thèse 3^e cycle, Université de Yaoundé, 1981.

droit international privé concernant uniquement les conflits de lois¹⁵ et les conflits de juridictions¹⁶ se trouve donc parfaitement justifié.

Il s'agit d'une étude évaluative du projet de code des personnes et de la famille en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions. L'intérêt que présente la codification du droit des conflits dans le contexte camerounais comme le relève Brigitte *Djuidje*, ne fait pas de doute.¹⁷ Au-delà du simple ralliement à la tendance de nombreux Etats du monde contemporain à prendre parti par des textes sur des problèmes de droit international privé,¹⁸ on peut déceler chez le législateur la volonté de fournir aux juges camerounais une boîte à outils assez complète, destinée à faciliter autant que possible le règlement des conflits de lois ; juges à qui il a été à maintes reprises fait le reproche de manquer de « réflexe internationaliste »¹⁹, d'ignorer la théorie même des conflits de lois²⁰ en rattachant de manière récurrente

¹⁵ Toutes les catégories de rattachement ne sont pas abordées. L'absence de réglementation internationale des deux grandes catégories juridiques que sont les actes juridiques et les faits juridiques se justifie par l'objet premier du projet de code qui porte sur le droit des personnes et de la famille. Pour de telles matières qui ne sont pas intimement liées au droit de la famille, siège des particularismes nationaux, il n'y a pas de gros risques à adopter les solutions du droit international privé classique, quasi universel, à savoir, la *locus regit actum* pour la forme des actes, la loi d'autonomie pour le fond des actes juridiques, et la *lex loci delicti* pour les faits juridiques.

¹⁶ Même dans ce cas, il faut observer que l'effet des jugements étrangers n'est pas abordé et l'on devrait se référer à la loi de 2007 sur le juge de l'exéquatour et aussi à l'Acte Uniforme OHADA sur l'arbitrage. Nous y reviendrons dans la deuxième partie de cette réflexion. Voir *infra*.

¹⁷ Ceci, nonobstant les critiques qui ont été faites à certains législateurs africains à ce propos. Voir par exemple pour le cas du législateur sénégalais : P. *Bourel*, « Le nouveau droit international privé sénégalais », *Revue sénégalaise de droit* n° 13, 1973, pp. 6-8. Cf. B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais de code des personnes et de la famille », inédit.

¹⁸ De plus en plus en effet, le droit international privé est codifié. De nombreux législateurs européens ont à ce jour élaboré un système prétendant être complet de conflits de lois. On peut ainsi citer ceux de la Pologne (loi du 12 novembre 1965), du Portugal (chap. III du code civil du 17 novembre 1966, modifié par la loi du 25 novembre 1977), de la Tchécoslovaquie (loi du 4 décembre 1963), de l'Autriche (loi du 15 juin 1978), de l'Espagne (nouveau Titre préliminaire du code civil, inséré par le décret-loi du 31 mai 1974), de la Hongrie (décret-loi n° 13-1979 du 31 mai 1979), de la Turquie (loi n° 2675 du 20 mai 1982), de la Yougoslavie (loi du 15 juillet 1982). Cités par F. *Rigaux*, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *Revue critique de droit international privé (RCDIP)*, 1985, pp. 1-2. Plus proche de nous et de manière moins ambitieuse, le législateur français a profité de certaines réformes législatives sur le plan interne pour introduire dans le code civil de nouvelles dispositions de droit international privé. Il en est ainsi des articles 311-14 à 311-18 en matière de filiation (par la loi du 3 janv. 1972), de l'article 310 sur le divorce (par la loi du 11 juillet 1975), des articles 370-3, 370-4 et 370-5 sur l'adoption (par la loi du 6 févr. 2001). Cf. B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais ... », *op. cit.*

¹⁹ F. *Anoukaha*, note sous C.S., Arrêt n° 2/L du 10 oct. 1985, *Juridis Info* n° 8, 1991, p. 55 ; L. *Ngassa Batonga*, note sous le Tribunal de grande instance (TGI) du Mfoundi, jugement civ. n° 446 du 19 juin 1991, *Juridis Périodique* n° 28, 1996, p. 33 ; B. *Chatue*, note sous C.A. du Centre, Arrêt n° 260/CIV du 03 juin 1999, *Juridis Périodique* n° 57, 2004, p. 38.

²⁰ La même tendance a été observée en droit ivoirien. Cf. L. *Idot*, « Eléments d'un droit international privé africain ... », *op. cit.*, p. 11.

(consciemment ou non) à la *lex fori*²¹ la majeure partie des rapports de droit comportant un élément d'extranéité soumis à leur jugement.²²

A ce niveau, la question principale qui se pose est celle de savoir si l'option prise par le projet de code, de recourir *exclusivement* au droit français est la bonne. Quelle est *la part* du droit « purement » camerounais face à *l'apport* du droit français dans la construction de cet édifice qu'est la théorie générale du droit international privé ? Cette préoccupation n'est pas anodine, elle présente un intérêt certain. On sait que le législateur camerounais a pris du retard depuis les indépendances parce qu'il fallait de la prudence dans les matières qui touchent de trop près à la personnalité des individus, et qu'il fallait certes rester ouvert à l'apport du droit étranger, mais surtout intégrer le droit local dans ses aspects compatibles avec les principes d'une société civilisée. Un tel résultat est-il atteint par le recours presque exclusif au droit français ? On ne saurait répondre dans l'absolu, ni par l'affirmative, ni par la négative. Seul un travail s'appuyant sur des postulats forts pourrait nous permettre à la fin de tirer des conclusions. L'objectif est d'arriver à un texte définitif qui soit un chef-d'œuvre tenant compte de tous les aspects d'un code moderne et d'une théorie générale de droit international privé universellement admissible.

Ainsi, à l'analyse, on constatera que le projet de code a manifesté en matière de conflits de lois, une nette tendance à la réception des solutions du droit français, mais ne les a pas toutes enregistrées ; par contre, en matière de conflits de juridictions, les solutions jusqu'ici admises ont purement et simplement été reconduites, même s'il

²¹ Pour une étude détaillée et complète de l'application de la *lex fori* par le juge camerounais, voir J. *Diffo Tchunkam*, « Le juge camerounais et l'application de la *lex fori* », Revue Africaine des Sciences Juridiques (RASJ) n° 2, vol. 8, 2011, pp. 9-29.

²² Voir par exemple :

– En matière de divorce :

Loi camerounaise appliquée au divorce d'époux de nationalité différente domiciliés au Cameroun : High Court of Fako division, Buea, 20 June 1984, Suit n° HCSW/25MC/84, Juridis Info n° 2, 1990, p. 46, note *Ngwafor* ; TGI du Mfoundi, jugement civ. n° 367 du 8 juillet 1981, inédit ; jugement civ. n° 298 du 27 avril 1983, inédit ; jugement civ. n° 58 du 7 déc. 1983, inédit ; jugement civ. n° 102 du 4 janv. 1984, inédit ; jugement civ. n° 104 du 4 janv. 1984, inédit ; jugement civ. n° 159 du 8 févr. 1984, inédit ; jugement civ. n° 1 du 3 oct. 1990, inédit ; jugement civ. n° 446 du 19 juin 1991, Juridis Périodique n° 28, 1996, p. 33, note *Ngassa Batonga* ; High Court of Mezam, Bamenda, 5 August 1991, Suit n° HCB/12MC/91, unreported.

Loi camerounaise appliquée au divorce d'époux de nationalité différente domiciliés en France : TGI du Mfoundi, jugement civ. n° 307 du 24 févr. 1993, inédit.

Loi camerounaise appliquée au divorce d'époux de nationalité commune étrangère :

C.A. de Douala, Arrêt n° 14/C du 16 oct. 1987, inédit ; TGI du Mfoundi, jugement civ. n° 341 du 24 avril 1991, inédit ; C.S., Arrêt n° 56/CC du 25 janv. 1995, Juridis Périodique n° 26, 1996, p. 40, note *Anoukaha*.

– En matière de nullité de mariage mixte : C.S., Arrêt n° 64/CC du 7 févr. 2002, inédit.

– En matière de garde après divorce d'un enfant de nationalité étrangère : C.A. du Centre, Arrêt n° 260/CIV du 3 juin 1999, Juridis Périodique n° 57, 2004, p. 33, note *Chatue*.

– En matière de garde d'un enfant naturel de nationalité étrangère : C.A. du Centre, Arrêt n° 344/CIV du 13 juillet 2001, inédit.

– En matière d'adoption internationale : TGI du Wouri, jugement civ. n° 305 du 20 févr. 2003, inédit. Cités par B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais ... », *op. cit.*, p. 3.

faudra les compléter avec des textes du droit positif, notamment la loi sur le juge de l'*exequatur*.

Schématiquement, on aura :

Première partie : Une réception incomplète des solutions du droit français en matière de conflits de lois.

Deuxième partie : Une réception complète des solutions du droit français en matière de conflits de juridictions.

I Une réception incomplète des solutions du droit français en matière de conflits de lois

Yvon *Loussouarn* dans son cours général de droit international privé à l'Académie de droit international, enseigne que

[...] toutes les fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige international (c'est-à-dire dans la définition la plus vaste d'un litige comportant un élément d'extranéité) susceptible pour cette raison de se rattacher à deux ou plusieurs pays, il doit consulter sa propre règle de conflit de lois (son propre système de droit international privé) et déterminer par référence à cette dernière, la loi applicable.²³

La loi applicable ainsi déterminée peut être la loi du juge saisi, la *lex fori* ou une loi étrangère. S'il s'agit d'une loi étrangère, elle peut, en fin de compte, ne pas s'appliquer parce qu'elle heurte les conceptions fondamentales du *for* ou elle est le fruit d'un mécanisme de fraude. C'est ainsi que se présentent de façon simplifiée, les grandes lignes des techniques de raisonnement adoptées en droit international privé. L'avant-projet de code des personnes et de la famille sur ces points souffre d'une double incomplétude : l'incomplétude dans l'élaboration des techniques du raisonnement conflictuel (A) et l'incomplétude dans l'utilisation des techniques du raisonnement conflictuel (B).

A L'incomplétude dans l'élaboration des techniques du raisonnement conflictuel

Face à un litige comportant un élément d'extranéité, le juge doit d'abord choisir la méthode à utiliser (unilatéralisme ou bilatéralisme), ensuite il doit qualifier, enfin il doit rattacher afin de déterminer la loi applicable. Seulement ce cheminement n'est pas toujours bien perceptible dans l'avant-projet de code. Il en donne plutôt, l'image d'un verre à moitié plein (1) et à moitié vide (2).

1 Le verre à moitié plein

On remarquera que le texte examiné a pris l'option pour le pluralisme des méthodes (a) et pour une conception extensive du statut personnel soumis à la loi nationale (b).

²³ Y. *Loussouarn*, « Cours général de droit international privé », RCADI, 1973, pp. 275-383, p. 279.

a) L'option pour le pluralisme des méthodes

De façon classique en droit international privé français, deux méthodes²⁴ d'inégale valeur sont utilisées par le juge dans la recherche de la loi applicable à un litige international. D'une part, la méthode principale ou indirecte, appelée *bilatéralisme* et d'autre part, la méthode secondaire ou directe, appelée *unilatéralisme*.²⁵

Le *bilatéralisme* est une méthode indirecte parce qu'elle ne permet pas au juge de trancher le fond du litige, elle sert tout simplement à désigner le système juridique dans lequel on cherchera la loi qui va régir le fond du litige. Le bilatéralisme signifie alors que, face à un problème comportant un élément d'extranéité, le juge interroge sa règle de conflit pour trouver la loi applicable. Celle-ci peut être soit la *lex fori*, soit la loi étrangère.²⁶ On dit aussi que la règle de conflit est neutre car, cette désignation intervient sans égard, du moins au stade de l'élaboration de la règle, au contenu du droit désigné. Le conflit de lois apparaît en effet essentiellement comme un problème d'option, un problème de choix entre plusieurs rattachements possibles, la mise en œuvre de la règle de conflit étant susceptible de conduire indifféremment à la désignation soit de la loi du *for*, soit d'une loi étrangère. Parmi les trois traits les plus caractéristiques de la méthode conflictuelle, le caractère bilatéral²⁷ de la règle de conflit occupe une place de choix.²⁸

Ainsi compris, si deux époux de nationalités différentes domiciliés au Cameroun saisissent le juge camerounais pour divorcer, le juge n'a pas de parti pris ni pour la loi camerounaise ni pour la loi étrangère ; il va interroger sa règle de conflit et constater qu'il s'agit d'une question de statut personnel soumis à la loi nationale com-

²⁴ La problématique du pluralisme des méthodes vient de ce qu'une controverse est née sur le point de savoir si chacune des méthodes pouvait servir exclusivement au raisonnement du juge face à un litige comportant un élément d'extranéité. On a proposé de substituer par exemple les règles matérielles et les règles unilatérales aux règles bilatérales ; mais en fin de compte on s'accorde à dire que l'utilisation de toutes ces méthodes répond mieux aux attentes des justiciables sur la scène internationale.

²⁵ H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », RCADI n° II, 1973, pp. 79-145 ; G. van Hecke, « Principes et méthodes en droit international privé », RCADI n° I, 1969, p. 532-563.

²⁶ M. Nicod, « Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit », *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006, p. 418.

²⁷ Les deux autres traits les plus caractéristiques sont les suivants : 1) Chaque Etat a son propre système de solution de conflits de lois. En présence de la diversité qui découle de cette situation, le juge applique toujours ses propres règles de conflit. 2) La règle de conflit désigne comme loi applicable une loi interne, la loi du pays ayant le rattachement le plus intense avec le rapport de droit envisagé. Cf. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, 2004, p. 63.

²⁸ Yvon Loussouarn concluait son cours relatif à la défense de la méthode conflictuelle (*bilatéralisme*) en ces termes :

le développement des règles matérielles et des lois de police ne saurait être nié. Il conduit à priver la méthode conflictuelle du privilège d'exclusivité qui était autrefois le sien, mais ne porte pas, pour le moment, atteinte à sa suprématie. Quant à l'impressionnisme juridique (*proper law*), son intérêt n'est pas négligeable, mais il n'est pas souhaitable de le voir envahir la science des conflits de lois. Chacun des courants doit donc être ramené à ses exactes dimensions.

(Y. Loussouarn, « Cours général ... », *op. cit.*, p. 383.)

mune et à défaut à la loi du domicile commun ou la loi du juge saisi ; il appliquera la loi camerounaise en tant que loi du domicile commun.

L'*unilatéralisme* est une méthode directe qui cantonne le rôle de la règle de conflit à la détermination par chaque législateur du champ d'application de sa propre loi. Elle repose sur le postulat qu'une loi étrangère ne peut être appliquée par le juge saisi que si son auteur l'a prévu.

A défaut, elle n'est pas compétente. Appliquer cette loi serait une atteinte portée à la souveraineté de l'Etat étranger.²⁹ C'est l'hypothèse des lois de police. Le problème des lois de police est donc celui de la détermination du domaine d'application de la loi dans l'espace. Certes, l'élaboration d'un critère susceptible d'identifier les lois de police reste difficile, mais on s'accorde tout au moins à les définir. Selon Phocion *Francescakis*, les lois de police sont des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique »³⁰. L'avant-projet de code ne se limite pas à les énoncer comme à l'article 3 alinéa 1 du code civil français, mais essaye d'en préciser le domaine³¹ qui, à l'analyse, est problématique. En effet, en écrivant à l'alinéa 2 de l'article 10 de ce texte que *l'état et la capacité* sont soumis aux lois de police, les rédacteurs ont oublié qu'il s'agissait du domaine par excellence de la loi nationale, loi personnelle. Certainement voulaient-ils parler de *l'état civil*. Puisqu'en matière d'état civil, il n'y a pas conflit de lois, le service public de l'état civil étant soumis à la loi de police. En effet, comme l'écrit Thérèse *Atangana-Malongue*, « différentes questions relatives à l'état civil sont directement liées au fonctionnement d'un service public »³², de sorte que les dispositions y relatives obligent tous ceux qui habitent le territoire camerounais. En voulant absolument donner un contenu aux lois de police, les rédacteurs de l'avant-projet se sont fait emporter par les sable-mouvants.

b) L'option pour la soumission du statut personnel à la loi nationale

Le statut personnel constitue le noyau dur du droit international privé. La théorie des conflits de lois a été construite en grande partie sur le droit des personnes et de la famille qui est, dans une large mesure, un droit pathologique, donc contentieux. C'est sans surprise s'il occupe une place importante dans l'avant-projet qui en fait un ensemble de matières soumises à la loi nationale. Après avoir énoncé à l'article 12 que « le Camerounais est soumis à la loi nationale, même s'il est considéré par un autre Etat comme ayant une autre nationalité », il précise à l'article 14 que « le statut personnel comprend notamment les matières relatives à l'état et à la capacité des personnes, au mariage, à la filiation, aux donations, aux successions et aux dispo-

²⁹ J. *Derruppé* et J.-P. *Laborde*, Droit international privé, 15^e éd., Paris, 2005, p. 71.

³⁰ Ph. *Francescakis*, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP, 1966, p. 1 ; Cour de justice des Communautés européennes, 23 novembre 1999, affaire C-369/96, arrêt Arblade.

³¹ L'article 10 dispose :

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire camerounais. Il en est ainsi notamment des dispositions du présent code relatives à :
a) la détermination du domicile pour l'attribution de la compétence judiciaire ;
b) *l'état et la capacité des personnes* ; c) la protection des biens des individus [mise en évidence par l'auteur].

³² Th. *Atangana-Malongue*, « Le domaine de la loi applicable au statut personnel dans l'avant-projet de code camerounais des personnes et de la famille », RASJ, 2009, p. 80.

sitions pour cause de mort ». Il s'agit d'une conception extensive du statut personnel qui ne se limite pas comme dans certains pays européens, à l'état et la capacité des personnes. La doctrine a justifié une telle attitude par le fait que la distinction entre statut réel et statut personnel « s'amenuise » dans le contexte camerounais à cause de la tradition personaliste du pays.³³ Le Cameroun fait partie des pays de droit personnel, c'est-à-dire selon Raoul *Benattar*, des

[...] pays dont les systèmes juridiques, d'une part déterminent la loi applicable au statut personnel par le seul critère que constitue l'appartenance d'un individu à une communauté ethnique, religieuse ou nationale, et, d'autre part, rangent dans le statut personnel tout un ensemble du droit privé comprenant non seulement l'état et la capacité des personnes, mais aussi les régimes matrimoniaux, les successions, testaments et donations.³⁴

Cette conception globalisante du statut personnel³⁵ rangeant dans la même catégorie juridique aussi bien les matières extrapatrimoniales visant directement la personne, abstraction faite de ses biens et de ses actes, que les éléments du droit patrimonial de la famille, s'explique par la double influence de la tradition et des structures sociales camerounaises. En réalité le statut personnel exprime ici une véritable conception d'ensemble du droit des personnes et des relations familiales, fortement imprégnée par la philosophie personaliste. Dans un tel contexte, la personne n'est pas seulement envisagée dans sa singularité dans la société civile, mais davantage encore dans le faisceau de relations familiales où elle se trouve impliquée, relations familiales qui ne se limitent pas à leurs aspects purement extrapatrimoniaux (comme c'est le cas en Europe), mais s'étendent aussi à leurs aspects patrimoniaux.³⁶

Cependant, ce qui pose problème à notre sens, c'est le choix de la loi nationale comme facteur de rattachement du statut personnel. Une doctrine à laquelle nous souscrivons entièrement a pensé à raison que la loi du domicile était mieux indiquée pour régir le statut personnel.³⁷ On sait par exemple que « dans plusieurs lois récentes, le domicile a été substitué à la loi nationale et les conventions internationales ont tendance à écarter la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle ».³⁸ Autrement dit, et selon toute vraisemblance, « la tendance contemporaine est plutôt caractérisée par un retour au domicile comme facteur de rattachement ».³⁹ Il s'agit, selon Yvon *Loussouarn*, Pierre *Bourel* et Pascal *de Vareilles-Sommières*, d'un « retour offensif de la loi du domicile ».⁴⁰ Ce « retour » est la conséquence in-

³³ B. *Djuidje*, *Pluralisme législatif camerounais ...*, *op.cit.*, p. 31.

³⁴ R. *Benattar*, « Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel », *RCADI* n° II, 1967, pp. 5-105, spéc., p. 5.

³⁵ A.-K. *Boye*, « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au Sud du Sahara », *RCADI* n° I, t. 238, 1993, p. 314.

³⁶ Sur l'ensemble de la question, voir Th. *Atangana-Malongue*, « Le domaine de la loi applicable ... », *op. cit.*, pp. 75-106.

³⁷ Pour une étude détaillée et complète sur l'adéquation de la loi du domicile comme loi personnelle, voir J. *Diffo Tchunkam*, « Loi du domicile et contribution à la systématisation du statut personnel en droit camerounais », *Revue de Droit Africain* n° 56, 2011, 1, Doctrine, pp. 3-50.

³⁸ P. *Courbe*, *Droit international privé*, 2^e éd., Paris, 2003, p. 198.

³⁹ G. *van Hecke*, « Principes et méthodes ... », *op. cit.*, p. 532.

⁴⁰ Y. *Loussouarn*, P. *Bourel* et P. *de Vareilles-Sommières*, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, 2004, p. 203.

contestable du déclin de la loi nationale⁴¹ dont le domaine presque illimité, s'est rétréci⁴² au fil du temps, au point où le rattachement subsidiaire (loi du domicile) a gagné plus d'espace pour se présenter aujourd'hui comme le facteur de rattachement principal.⁴³

2 Le verre à moitié vide

Pour déterminer la loi applicable à un litige comportant un élément d'extranéité, le juge doit qualifier et rattacher. Le problème en droit international privé est celui du conflit de qualification. L'avant-projet ne l'envisage malheureusement pas (a), tout comme il ne retient le renvoi qu'au premier degré, omettant le renvoi au second degré (b).

a) L'omission du conflit de qualification

Il y a un conflit de qualification lorsque les droits des systèmes juridiques différents ne donnent pas un contenu identique aux catégories juridiques.⁴⁴ Par exemple, le droit camerounais peut tenir pour une question de forme un rapport juridique considéré en droit grec comme étant une question de fond. Pour résoudre cette difficulté on propose généralement de qualifier soit en tenant compte du droit du *for*, c'est-à-dire *lege fori*, soit en fonction du droit étranger, *lege causae*, ou enfin selon les concepts autonomes et universels formés à partir du droit comparé.

A partir des trois arrêts classiques qu'on cite à propos du conflit de qualification, notamment « la succession du maltais »⁴⁵, « le testament du hollandais »⁴⁶ et « le mariage du grec orthodoxe »⁴⁷, il est acquis que la qualification doit se faire selon la *lex*

⁴¹ Pour un examen de l'évolution et de la situation actuelle de la loi nationale en France, voir M. Farge, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, Paris, 2003, pp. 29-580.

⁴² La doctrine note que ce rétrécissement du domaine de la loi nationale (loi personnelle) « ne pourra que s'accroître au fil des ratifications des différentes conventions de La Haye par l'Etat du Cameroun. Ce qui amène à s'interroger sur l'opportunité d'une extension de son domaine d'application à des matières aujourd'hui largement investies par cette concurrence » ; voir à ce sujet : Th. Atangana-Malogue, « Le domaine de la loi applicable ... », *op. cit.*, p. 95.

⁴³ Cf. J. Dikko Tchoukam, « Loi du domicile et contribution ... », *op. cit.*, n° 2.

⁴⁴ Voir P. Mayer et V. Heuze, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, 2004, p. 114 et s.

⁴⁵ Arrêt *Bartholot*, Alger, 24 déc. 1889, *Journal du droit international (JDI)*, 1891, p. 1171. Ménage maltais émigré en Algérie. A la mort du mari, la veuve réclame en vertu de la quote du conjoint pauvre, une part de ses biens. Ici, la « quote du conjoint pauvre » est considérée par le droit maltais comme un élément du régime matrimonial, alors qu'elle est en droit français, un élément des successions.

⁴⁶ Orléans, 24 août 1859, *Recueil Dalloz-Sirey (DS) (Recueil Sirey)*, 1860, II, p. 32. Testament olographe fait en France par un hollandais. Ici, le fait de tester en la forme olographe est considéré par le droit hollandais comme une question de capacité, alors qu'il est en droit français une question de forme des actes juridiques.

⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1955, *DS (Recueil Dalloz)*, 1956, p. 73, note *Chavrier* ; *JDI*, 1955, p. 682, note *Siatelli* ; *RCDIP*, 1955, note *Batiffol*. Mariage civil en France d'un Grec orthodoxe avec une française. L'exigence de la célébration religieuse du mariage est considérée en droit grec comme une condition de fond de validité du mariage soumise à la loi nationale des époux, tandis qu'en droit français, elle est considérée comme une

fori. La doctrine française depuis Franz Khan et Étienne *Barin*, a toujours accepté, dans sa majorité, le principe d'une qualification *lege fori*. Les auteurs modernes précisent le sens de cette solution en disant que toute règle de conflit doit s'interpréter, que la qualification doit se faire, d'après les conceptions du système juridique dont la règle fait partie. Ce raisonnement a été adopté par la Cour de cassation dans l'arrêt *Caraslanis* relatif au mariage du grec orthodoxe :

[...] la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devrait être tranchées par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme ; qu'en conséquence, le mariage civil contracté en France par les époux CARASLANIS était valable conformément à la règle *locus regit actum* du lieu d'établissement de l'acte.⁴⁸

L'avant-projet aurait dû saisir l'occasion pour consacrer la qualification *lege fori* en droit camerounais, éradiquant ainsi de manière définitive les incertitudes que le pluralisme législatif interne, entre autres, avait pu susciter quant à l'idée d'une telle solution au Cameroun. En effet, d'après les principaux écrits des juristes de langue française⁴⁹ qui, dès les premières années des indépendances, se sont évertués à élaborer une théorie du droit international privé africain, le pluralisme législatif interne est un obstacle de taille à la mise en œuvre de la qualification *lege fori*. Mais il s'agirait d'une qualification *lege fori* qui tienne compte du droit camerounais dans son ensemble. Brigitte *Djuidje* martelait à raison, qu'il faut combiner le droit moderne et le droit coutumier dans l'élaboration d'« un droit nouveau ».⁵⁰

b) L'omission du renvoi au second degré

Le renvoi désigne, en droit international privé, la manière de résoudre le conflit de solutions qui se présente lorsque la règle de conflit de lois du *for* désigne un droit étranger, mais que celui-ci décline la compétence qui lui est ainsi faite en conférant au droit du *for* ou à un droit tiers le soin de régir la situation. Ce conflit négatif de rattachement peut se présenter sous deux variantes : le renvoi au premier degré et le renvoi au second degré. On parle de *renvoi au premier degré* lorsque le droit étran-

condition de forme du mariage, soumise à la *lex loci celebrationis*, loi du lieu de célébration du mariage.

⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1955, DS (Recueil Dalloz), 1956, p. 73, note *Chavrier* ; JDI, 1955, p. 682, note *Siatelli* ; RCDIP, 1955, note *Batiffol*.

⁴⁹ J. *Emane*, Les conflits de lois en Afrique noire, Thèse polycopiée, Dakar, 1963 ; J. *Foyer*, « Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux Etats africains d'expression française », Travaux du comité français de droit international privé (Trav. com. fr. dr. int.), 1960-1962, p. 139 ; Ph. *Francescakis*, « Problèmes de droit international privé de l'Afrique Noire indépendante », RCADI n° II, 1964, p. 272, « Le droit international privé dans le monde privé post-colonial : le cas de l'Afrique noire », *Clunet*, 1973, p. 46 ; F. *Bouckaert*, « Les règles de conflits de lois en Afrique noire », *Penant*, 1967, p. 1 ; P. *Bourel*, « Réalités et perspectives du droit international privé de l'Afrique noire francophone dans le domaine des conflits de lois », *Clunet*, 1975, p. 17, « Les conflits de droits », dans *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, 1982, vol. I, Chap. XVII, p. 423. Cités par B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais ... », *op. cit.*

⁵⁰ B. *Djuidje*, Pluralisme législatif camerounais ..., *op. cit.*, p. 259.

ger renvoie au droit du *for*. Par exemple, un tribunal camerounais est saisi d'une question d'état et de capacité concernant un anglais domicilié au Cameroun. Selon le droit international privé camerounais, la loi compétente est la loi nationale, c'est-à-dire la loi anglaise, et selon le droit international privé anglais, c'est la loi du domicile, la loi camerounaise. Il y a *renvoi au second degré* lorsque le renvoi est fait à une loi tierce, lequel pourrait encore conduire, au moins théoriquement, à la désignation d'une quatrième loi, etc. Imaginons un tribunal camerounais saisi d'une question d'état et de capacité concernant un anglais domicilié en France. Pour le droit camerounais, la loi compétente est la loi nationale, c'est-à-dire la loi anglaise. Mais le droit anglais donne compétence à la loi du domicile, la loi française.

Depuis l'apparition du mécanisme du renvoi dans l'affaire *Forgo*⁵¹, ce conflit négatif de systèmes reçoit de la part des juridictions françaises tant au premier⁵² qu'au second degré⁵³, une solution favorable à leur coordination.⁵⁴ Aussi applique-t-on, en principe, la loi désignée par le droit international privé étranger afin de garantir l'harmonie internationale des solutions.⁵⁵

Certes, la question de l'admission du renvoi a été controversée, mais, le bilan des droits positifs demeure nettement favorable à son admission, le seul problème auquel les divers systèmes juridiques apportent des réponses variées, est celui du domaine du renvoi. On l'admet dans certains cas, et on le rejette dans d'autres. Admettent le renvoi, les règles bilatérales de rattachement et le statut personnel, les deux étant considérés comme le terrain de prédilection des conflits de lois. Rejetent par contre le renvoi, les règles à caractère unilatéral et à caractère substantiel, auxquelles il faut adjoindre le statut réel, les faits juridiques et les actes juridiques, tous ces éléments étant par principe allergiques à toute idée de conflit de lois.⁵⁶

On a ainsi du mal à comprendre la position des rédacteurs de l'avant-projet de ne retenir le renvoi qu'au premier degré. L'article 6 dispose : « lorsqu'une loi étrangère applicable renvoie à une loi nationale, il est fait application de celle-ci ». En France, le mécanisme du renvoi au premier degré a été souvent utilisé pour écarter « subtilement » la loi étrangère au terme de la démarche conflictualiste.⁵⁷ L'hostilité

⁵¹ Il s'agissait dans cette affaire, de la succession mobilière d'un bavaois ayant vécu et décédé en France sans y avoir été admis à domicile. Selon le droit international privé français, il en résultait la compétence de la loi bavaoise. Mais le droit bavaois donnait compétence à la loi du domicile de fait, c'est-à-dire la loi française. La Cour de cassation a admis ce renvoi. Voir cass. civ., 24 juin 1878, DS (Jurisprudence générale), 1879, I, confirmé par req. 22 févr. 1882, DS (Jurisprudence générale), 1882, I, 301. Sur l'affaire *Forgo*, voir B. *Ancel* et Y. *Lequette*, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^e éd., Paris, 2001, n° 7-8.

⁵² Voir cass. req., 1 mars 1910, *Soulié* ; *Birchall*, 10 mai 1939 ; *Sommer c/ Dame Mayer*, 8 déc. 1953 ; *Moussard c/ Ballestro*, 21 mars 2000.

⁵³ Voir *Patino*, 15 mai 1963 ; *Zagha*, 15 juin 1982 ; *Banque Ottomane*, 19 mars 1965.

⁵⁴ Sur l'explication du renvoi en termes de coordination des systèmes, voir H. *Batiffol* et P. *Lagarde*, Droit international privé, t. 1, 8^e éd., Paris, 1993, n° 304 ; H. *Batiffol*, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, 1956, rééd. 2002, présenté par Y. *Lequette*, n° 137-138, *in fine* p. 310.

⁵⁵ Cf. F.-X. *Morisset*, « Le renvoi de proximité », DS, 2006, Jurisprudence (Jur.), p. 1726.

⁵⁶ Sur l'ensemble de la question relative au domaine du renvoi, voir A.B. *Ongba Mbarga*, Le domaine du renvoi en droit international privé, Sarrebruck, 2011.

⁵⁷ Voir M. *Nicod*, « Un droit venu d'ailleurs ... », *op. cit.*, p. 419.

à l'égard de la loi étrangère désignée par la règle de conflit était à l'examen, véritablement affichée. Dans l'arrêt *Soulie* notamment, la Cour de cassation déclarait que

[...] la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé étranger, qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régitte d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire.⁵⁸

Peut-être le législateur a-t-il conçu le renvoi comme un simple instrument permettant au tribunal de revenir à sa propre loi. Il donnerait ainsi l'onction à la jurisprudence déjà reprochée pour sa « fâcheuse »⁵⁹ tendance à appliquer systématiquement la loi camerounaise.⁶⁰ Un tel usage du renvoi conduisant le juge camerounais à n'appliquer que la loi camerounaise, est contraire à la conception personnaliste à laquelle s'est rallié (malheureusement ?) le projet de code en rattachant le statut personnel « élargi » à la loi nationale. Le contexte camerounais est en effet, favorable à l'admission du renvoi au second degré.⁶¹

A ce niveau, on constate clairement l'incomplétude dans la prise en compte des solutions du droit international privé français par les rédacteurs de l'avant-projet de code quant aux techniques du raisonnement conflictuel. Cette incomplétude le sera encore dans l'utilisation de ces techniques.

B L'incomplétude dans l'utilisation des techniques du raisonnement conflictuel

Les techniques du raisonnement conflictuel consistent à qualifier, rattacher, et trouver la loi applicable. Elles suscitent plus ou moins de problèmes en fonction de la méthode utilisée par le juge. Lorsqu'il a recours à l'unilatéralisme, aucune difficulté *a priori* ne se pose, parce que la loi du *for* va s'appliquer à la situation litigieuse. Par contre, s'il a recours plutôt au bilatéralisme, la règle de conflit de par son caractère bilatéral peut désigner soit la loi du *for*, soit une loi étrangère. Dans la première hypothèse, comme en droit interne, le juge appliquera sa loi dont il est présumé connaître, en vertu de la maxime *jura novit curia*. Dans la seconde hypothèse, il n'y a aucune présomption de la part du juge quant à la connaissance de la loi étrangère qui est « un droit venu d'ailleurs »⁶². C'est à ce niveau que naît la difficulté de mise en œuvre de la règle de conflit lorsqu'elle désigne une loi étrangère. L'avant-projet de code sur ce point pêche par carence. Le statut de la loi étrangère est partiellement traité (1), le domaine d'éviction de la loi étrangère est aussi partiellement traité (2).

1 Le statut de la loi étrangère partiellement traité

Pour rendre compte du statut de la loi étrangère en droit international privé, les trois aspects de la question doivent être examinés : la question de l'application d'office de la loi étrangère, la question de la preuve de la loi étrangère et la question du contrôle

⁵⁸ Cass. req., 1 mars 1910, DP, 1912, I, p. 262.

⁵⁹ Th. *Atangana-Malongue*, « Le domaine de la loi applicable ... », *op. cit.*, p. 91.

⁶⁰ F. *Anoukaha*, note sous C.S., Arrêt n° 2/L du 10 oct. 1985, *Juridis Info* n° 8, 1991, p. 55.

⁶¹ Voir B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais ... », *op. cit.*

⁶² Voir M. *Nicod*, « Un droit venu d'ailleurs ... », *op. cit.*, pp. 417-428.

de l'application de la loi étrangère effectuée par la Cour suprême. Les deux premiers aspects sont acquis (a), mais le dernier est requis (b).

a) Deux aspects acquis

La question de l'application d'office de la loi étrangère qui pose le problème de l'autorité de la règle de conflit tant à l'égard du juge que des parties fait l'objet depuis plusieurs années, de revirements jurisprudentiels et de controverses doctrinales.⁶³ On a écrit non sans raison que

Peu de débats ont suscité autant de passion, en droit international privé, que celui de l'application par le juge français du droit étranger. Les considérations pratiques et les constructions théoriques s'affrontent, le malentendu entre la jurisprudence et la doctrine grandit. [...] La question de l'application d'office de la règle de conflit de lois et celle, consécutive, de la connaissance du droit étranger désigné ont fait l'objet de volte-face remarquables.⁶⁴

Au cœur du débat, la préoccupation de savoir si le juge est tenu d'appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit lorsque les parties au litige restent silencieuses et n'en réclament pas l'application. Corrélativement, on se demande si les parties aux litiges peuvent s'entendre pour faire échec à l'application de la loi étrangère. Autrement dit, quel est le caractère de la règle de conflit à l'égard du juge et des parties ? Est-ce un caractère facultatif ou un caractère impératif ?

L'avant-projet de code des personnes et de la famille opte pour le caractère facultatif de la règle de conflit, solution inaugurée par l'arrêt *Bisbal*⁶⁵ et appliquée en droit

⁶³ Pour les détails de cette saga jurisprudentielle et doctrinale, voir par exemple : A. Ponsard, « L'office du juge et l'application du droit étranger », Rapport de la Cour de cassation, 1989, p. 11 ; J. Lemontey et J.-P. Remery, « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », Rapport 1993, p. 81 ; J.-P. Ancel, « Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger », Rapport 1997, p. 33. Cf., parmi les nombreux articles sur le sujet : P. Mayer, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Trav. com. fr. dr. int.*, 1975-1977, p. 233, et du même auteur, *Le juge et la loi étrangère : Points de similitude du droit suisse avec le droit français*, *Revue suisse de droit international et européen*, 1991, p. 481 ; Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la première Chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *RCDIP*, 1989, p. 277 ; D. Alexandre, « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé français », *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Robert Schuman de Strasbourg*, 1988, p. 11 ; B. Ancel, « La connaissance de la loi étrangère applicable », *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991 ; D. Bureau, « L'application d'office de la loi étrangère : essai de synthèse », *JDI*, 1990, p. 317. J.-M. Bischoff, « Rapport de synthèse », *Les problèmes actuels posés ...*, *op. cit.*, p. 131, et du même auteur, « Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 oct. 1988 », *Trav. com. fr. dr. int.*, 1990, p. 19. Voir aussi B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, 1996, préf. Y. Lequette.

⁶⁴ B. Fauvarque-Cosson, « Le juge français et le droit étranger », *DS*, 2000, chron. p. 125.

⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1959, *Bisbal*, *RCDIP*, 1960, p. 62, note *Batiffol* ; *JDI*, 1960, p. 810, note *Sialelli* ; *DS* (Recueil Dalloz), 1960, *Jur.*, p. 610, note *Malaurie* ; *Juris Classeur Périodique/La Semaine Juridique* (JCP), 1960, II, n° 11733, note *Motulsky*.

camerounais dans l'affaire *Malong*⁶⁶. De la jurisprudence *Bisbal*, on retient que, pour la Cour de cassation,

[...] les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office une loi étrangère, et de faire en ce cas appel à la loi interne française, laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé.

Selon la haute juridiction, lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère, ils ne sont pas tenus de l'appliquer d'office, la règle de conflit n'a alors qu'un caractère facultatif. Si la loi du *for* est désignée par la règle de conflit, elle a un caractère impératif, le juge est tenu de l'appliquer d'office.

Seulement, la déduction d'une telle solution dans le projet de code analysé ne va pas de soi, parce que, les termes de l'article 16 al. 5 ne sont pas clairs pour nous édifier sur la question. Il faut recourir à l'alinéa 1 de l'article 16 relatif à la charge de la preuve pour déduire ce caractère facultatif de la règle de conflit. Cette disposition est ainsi rédigée : « La charge de la preuve de la loi étrangère incombe à celle des parties qui allègue son existence ». C'est en considération du caractère factuel de la loi étrangère qu'il incombe aux parties d'en rapporter la preuve. Si le juge doit appliquer d'office la règle de conflit, il doit également établir le contenu du droit désigné. Inversement, lorsqu'il est dispensé de cette application d'office, il n'a pas à rechercher la teneur du droit étranger.

La recherche de l'unité du droit camerounais aurait dû amener les rédacteurs de l'avant-projet de code à abandonner la jurisprudence *Bisbal* et recourir à la solution actuelle du droit français, qui soumet l'application d'office de la loi étrangère à la distinction entre les droits dont les parties ont la libre disponibilité, et ceux dont elles n'ont pas la libre disponibilité. Il s'agit d'une sorte de compromis, entre l'approche rationnelle des pays de la famille romano-germanique et celle, empiriste, de ceux de *common law*, où la loi étrangère doit être prouvée et plaidée comme un élément de fait, alors même que, fort paradoxalement, il lui arrive d'être traitée comme du droit du point de vue de son interprétation. Ainsi, pour les droits disponibles, la solution de *common law* prévaut ; pour ceux qui sont indisponibles, celle des pays de la famille romano-germanique l'emporte.⁶⁷

⁶⁶ TGI du Wouri, jugement civil n°381 du 3 mars 2006, affaire *Malong Daniel André c/ Mme Malong née Mbog Claire*, cité par Ch. *Akeubang Yeffou*, Le droit positif et le traitement de la loi étrangère dans le statut personnel, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005-2006, pp. 19-20. Cet auteur observe qu'« il est presque certain que le juge n'aurait jamais tiré une quelconque conséquence des éléments d'extranéité (la loi nationale étrangère des parties et la compétence du droit français) si la défenderesse ne les avait pas invoqué ». La défenderesse avait soulevé notamment « l'exception d'incompétence de la loi camerounaise ». L'auteur conclut qu'« à travers ce jugement, on peut penser que le juge camerounais confirme le principe de l'autorité relative de la règle de conflit consacré par l'arrêt *Bisbal* », *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷ B. *Fauvarque-Cosson*, « Le juge français ... », *op. cit.*, p. 130.

Pour parvenir à cette « solution hybride »⁶⁸, la jurisprudence française a évolué en « dents de scie ». Après les arrêts *Bisbal* et *Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque*⁶⁹, qui ont décidé que l'application d'office de la loi étrangère n'est que facultative, la Cour de cassation a opéré un bref revirement de jurisprudence. Dans les « éphémères »⁷⁰ arrêts *Rebouh*⁷¹ et *Schule*⁷², la Cour de cassation impose au juge de soulever d'office l'application des règles de conflit de lois en toutes matières quelle que soit la loi désignée. Mais l'arrêt *Coveco*⁷³ qui interviendra juste deux ans plus tard, va remettre partiellement en cause ce principe. La Cour estime que

[...] le juge du fond n'est pas tenu de soulever d'office l'application de la règle de conflit, sauf dans deux cas : lorsqu'il s'agit d'une matière dans laquelle les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits et lorsque la règle de conflit de lois émane d'une convention internationale.

Il faudra attendre l'arrêt *Société Mutuelle du Mans*⁷⁴ pour être (définitivement ?) fixé sur le critère de répartition de l'autorité de la règle de conflit entre le juge et les parties. Pour les droits indisponibles, le juge devrait appliquer d'office la règle de conflit de lois et rechercher le droit étranger compétent ; pour les droits disponibles, il serait dispensé de cette double obligation qui incombe aux parties. La doctrine a observé et s'est réjouit du fait que

L'office des juges du fond varie désormais exclusivement selon la nature des droits litigieux : ce critère est donc vraiment devenu le « fil conducteur pour la compréhension du système actuel de la jurisprudence sur l'application d'office de la règle de conflit ». En un sens, tout est plus simple, plus cohérent.⁷⁵

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1960, RCDIP, 1960, p. 97, note *Batiffol*.

⁷⁰ B. *Fauvarque-Cosson*, « Le juge français ... », *op. cit.*

⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 oct. 1988, *Rebouh*, RCDIP, 1989, p. 368 ; JDI, 1989, p. 349, note *Alexandre*, et 1990, p. 317, chron. *Bureau* ; JCP, 1989, II, n° 21327, note *Courbe* ; Defrénois, 1989, p. 310, obs. *Massip* ; B. *Ancel* et Y. *Lequette*, Les grands arrêts de la jurisprudence française ..., *op. cit.*, n° 71.

⁷² Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 1988, *Schule*, RCDIP, 1989, p. 368 ; JDI, 1989, p. 349, note *Alexandre*, et 1990, p. 317, chron. *Bureau* ; B. *Ancel* et Y. *Lequette*, Les grands arrêts de la jurisprudence française ..., *op. cit.*, n° 72.

⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, *Sté Coveco*, JDI, 1991, p. 373, note *Bureau* ; RCDIP, 1991, p. 558, note *Niboyet-Hoegy* ; B. *Ancel* et Y. *Lequette*, Les grands arrêts de la jurisprudence française ..., *op. cit.*, n° 73 ; DS, 1991, Information Rapide (IR), p. 2.

⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999 (rejet), *Mutuelles du Mans*, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles (Bull. civ.) I, n° 172 ; RCDIP, 1999, p. 707, note *Muir Watt* ; JCP, 1999, IV, n° 2325 : « s'agissant de droits dont les parties ont la libre disposition, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application du droit étranger » ; cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999 (cassation), *Mme Elkhbizi*, Bull. civ. I, n° 174 ; RCDIP, 1999, p. 707, note *Muir Watt* ; DS, 1999, IR, p. 162 ; JCP, 1999, II, n° 10912, note *Melin* : « attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi personnelle de la mère [...] la Cour d'appel a méconnu les exigences des textes susvisés ».

⁷⁵ B. *Fauvarque-Cosson*, « Le juge français ... », *op. cit.*

La question de *la preuve de la loi étrangère* se résume à déterminer sur qui pèse la charge de la preuve et d'indiquer les moyens de preuve.

En énonçant à l'article 16 alinéa 1 que « [l]a charge de la preuve de la loi étrangère incombe à celle des parties qui allègue son existence », l'avant-projet a clairement établi que *la charge de la preuve* de la loi étrangère pèse sur les parties. C'est la solution qu'avait retenue la Cour de cassation dans les arrêts *Lautour*⁷⁶ et *Thinet*⁷⁷. Son fondement réside dans la thèse factuelle de la loi étrangère. Pourtant, il a été noté que la théorie factuelle aboutit à n'en pas douter, à une remise en cause de l'équivalence objective qui est à la base du raisonnement conflictuel, qu'elle ruine le principe de la règle de conflit bilatérale. Réduire la loi étrangère à une donnée de fait revient à saper les bases de la méthode conflictuelle. Aussi, dans le souci de « rétablir » l'égalité entre la loi du *for* et la loi étrangère, la Cour de cassation a-t-elle non seulement reconnu le caractère de règle de droit,⁷⁸ de norme juridique, à la loi étrangère, mais surtout déplacé le fardeau de la preuve qui pèse désormais uniquement sur le juge. Le vocabulaire même a changé, on est passé de « la preuve de la loi étrangère » à « la recherche de la teneur du droit étranger ». Il s'agit de (l'aboutissement ?) d'une évolution jurisprudentielle dont les jalons avaient été jetés par les arrêts *Amerford*⁷⁹, *Driss Abbou*⁸⁰, *Lavaza*⁸¹, *Arab Investment*⁸², et *Sporting*⁸³. En effet, le 28 juin 2005, par deux arrêts « jumeaux » de la chambre civile et de la chambre commerciale de la Cour de cassation, une même solution s'est dégagée :

[...] qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1948, *Lautour*, RCDIP, 1949, p. 89, note *Batiffol*.

⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 1984, *Sté Thinet*, RCDIP, 1985, p. 89, note *Lagarde*.

⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, *Coucke*, RCDIP, 1994, p. 78, note *Ancel* ; La première chambre civile indique que « la loi étrangère, malgré l'absence de contrôle par la Cour de cassation, est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau Code de procédure civile ».

⁷⁹ Cass. com., 16 nov. 1993, *Amerford*, B. *Ancel* et Y. *Lequette*, Les grands arrêts de la jurisprudence française ..., *op. cit.*, n° 82 ; RCDIP, 1994, p. 332, note *Lagarde* ; JDI, 1994, p. 98, note *Donnier*. Avant cet arrêt, voir cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, *Masson*, RCDIP, 1992, p. 314, 1^{re} espèce, note *Muir Watt* ; JDI, 1992, p. 357, note *Moreau* : « il appartient à la partie qui prétend qu'un contrat est soumis à une loi étrangère d'établir le contenu de celle-ci » ; 10 janv. 1990, Bull. civ. I, n° 2 ; 11 mars 1986, *Djenangi*, JDI, 1986, p. 1025, note *Sinay-Cytermann* ; RCDIP, 1988, p. 301, note *Bischoff* ; JCP, 1987, II, n° 20878, note *Agostini*. Depuis : cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, RCDIP, 1996, p. 100, note *Fauvarque-Cosson* ; 11 juin 1996, *Agora Sopha*, JDI, 1996, p. 941, 2^e espèce, note *Bureau* ; RCDIP, 1997, p. 65, note *Lagarde* ; cass. com., 2 mars 1999, RCDIP, 1999, p. 305, concl. *Remery*.

⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 24 nov. 1998, *Société Lavazza*, DS, 2000, Jur., p. 904, note *Gouband* ; JCP, 2000, II, n° 10243, note *Muir Watt* ; 22 févr. 2000, JDI, 2001, p. 107, note *Raimon*.

⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 1 juillet 1997, *Driss Abbou*, RCDIP, 1998, p. 60, 1^{re} espèce, note *Mayer* ; DS, 1999, Jur., p. 275, et Defrénois, 1998, p. 711, note *Massip* : « L'application de la loi étrangère désignée pour régir les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi ».

⁸² Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *The Arab Investment Company*, RCDIP, 2001, p. 335, note *Muir Watt* ; JDI, 2002, p. 171, note *Raimon*.

⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 18 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 202, DS, 2003, 1513, chron. *Lardeux*.

donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger.⁸⁴

Il n'est plus permis au juge de se désintéresser de la détermination du contenu de la loi étrangère qu'il déclare applicable, indépendamment de la nature des droits litigieux.

Concernant *les moyens de preuve*, il était traditionnellement admis qu'à partir du moment où la loi étrangère est assimilée à un fait, elle pouvait être prouvée par un certificat de coutume produit par les parties, ou une expertise demandée par le juge. L'avant-projet de code a maintenu la théorie factuelle, mais exclu le certificat de coutume⁸⁵ qui est pourtant le corollaire d'une telle option.⁸⁶ Elle le remplace par les connaissances personnelles du juge quant à la teneur du droit étranger, apanage plutôt de la conception « juridique » de la loi étrangère. Quels embrouillaminis !

Certes, en l'état actuel du droit français, le certificat de coutume peut encore jouer un rôle important (à partir du moment où le juge peut requérir le concours des parties), tout comme les autres moyens de preuve suscités, mais le recours à la procédure prévue par la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger⁸⁷ est de plus en plus recommandée.

b) Un aspect requis

L'avant-projet de code n'envisage pas le contrôle de la Cour suprême relativement à l'application de la loi étrangère effectuée par les juges de fond. Il convient de rappeler les solutions du droit français en la matière, afin d'être tout à fait complet sur le statut de la loi étrangère.

Généralement, la Cour de cassation ne se reconnaît pas compétente pour effectuer un contrôle de l'interprétation de la loi étrangère. Elle considère que l'interprétation du droit étranger relève de l'appréciation souveraine des juges de fond. La raison tient au fait qu'elle n'a pas le pouvoir de créer le droit étranger. Cependant, elle exerce un contrôle de la dénaturation, de la motivation et de la fausse application de la loi (droit) étrangère.

⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2005, Bull. civ. I, n° 289, et cass. com., 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 138.

⁸⁵ Le certificat de coutume est un document rédigé par un juriste attestant du droit étranger à la demande de l'une des parties. Le certificat de coutume, a été très critiqué car présentant souvent l'état du droit étranger de manière subjective en faveur de la partie l'ayant sollicité. Aujourd'hui il est entrain de décliner au profit des procédés de preuve nettement plus objectifs à la disposition des juges. Voir P. Mayer, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, 1998, n° 188.

⁸⁶ L'article 16 al. 3 de ce texte dispose : « Le contenu de la loi étrangère est établi devant les juridictions camerounaises par expertise et le juge peut, au besoin, faire état de sa connaissance de ladite loi ».

⁸⁷ La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger de Londres du 7 juin 1968 est signée par un certain nombre de pays membres du Conseil de l'Europe. Cette convention est en vigueur en France depuis 1972, voir DS, 1972, Lég., p. 545.

Depuis la décision *Montefiore*⁸⁸, on sait que la Cour de cassation opère un *contrôle de la dénaturation* de la loi étrangère. Celui-ci suppose que les juges du fond aient méconnu un texte suffisamment *clair et précis* pour lui donner une autre signification ou qu'ils aient interprété un texte alors même qu'il n'y a « rien à découvrir ». ⁸⁹ Outre le texte de loi, ce contrôle doit s'étendre sur « les autres sources du droit positif », ⁹⁰ notamment sur la jurisprudence. La technique du contrôle de dénaturation se démarque ainsi nettement de la fausse interprétation. Celle-ci implique une mauvaise interprétation d'un texte obscur. Mais la Cour de cassation se refuse à sanctionner une telle erreur lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère. Autrement, il lui faudrait prendre parti sur un texte dont le sens n'est pas encore fixé dans le pays dont il émane. Or, elle n'a pas vocation à unifier le droit applicable dans un autre Etat. ⁹¹ Tandis que le contrôle de la dénaturation assure simplement la conformité de l'interprétation retenue avec le sens réel du droit étranger, *le contrôle des motifs*, d'autant plus utile qu'il fait « contrepois » aux conditions strictes du contrôle de la dénaturation, permet de vérifier que les juges du fond se sont bien acquittés de leurs obligations. Plus précisément, il peut jouer afin de sanctionner ceux qui ont omis de rechercher le contenu du droit étranger ou d'examiner un document invoqué à cet effet par l'une des parties. ⁹² Il permet encore de censurer les juges qui ont négligé de répondre à un moyen précis tiré d'une disposition de la loi étrangère, ou ceux qui n'ont pas justifié leur interprétation de la loi, même si les conclusions n'en soutenaient aucune autre. ⁹³

Le contrôle de la fausse application permet d'aller au-delà du contrôle de la dénaturation, dont on sait qu'il ne permet pas de sanctionner une solution qui n'est pas conforme au droit positif étranger. En revanche, il ne permettrait pas à la Cour de cassation d'imposer sa conception du droit étranger alors même qu'il peut donner lieu à controverse dans le pays dont il est issu. Le contrôle de la fausse application de la loi étrangère supposerait uniquement de vérifier que la règle de droit idoine a bien été appliquée à la solution d'un litige. Il autoriserait ainsi la Cour de cassation à s'assurer que les juges du fond n'ont pas appliqué une loi étrangère dépassée ou qu'ils ont bien tenu compte de la jurisprudence récente. ⁹⁴

2 Le domaine d'éviction de la loi étrangère partiellement traité

L'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit peut être considérée comme inacceptable par le juge du *for*, soit parce que cette loi étrangère contient des dispositions incompatibles avec les principes fondamentaux du *for* : c'est l'exception d'ordre public ; soit parce que sa désignation est le fruit d'une utilisation

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 1961, RCDIP, 1962, p. 329, note *Lagarde* ; JDI, 1962, Jur., p. 686, note *Goldman* ; DS, 1963, p. 37, note *Francescakis*.

⁸⁹ *Goldman*, précité.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1 juillet 1997, *Africatours*, RCDIP, 1998, p. 292, note *Muir Watt* ; JDI, 1998, p. 98, note *Barrière-Brousse* ; DS, 1998, Jur., p. 104, note *Menjuq*.

⁹¹ Cf. Ph. *Gouband*, « L'obligation d'appliquer le droit étranger de manière indirecte », DS, 2000, Jur., p. 904.

⁹² Cass. civ., 26 avril 1950, DS (Recueil Dalloz), 1950, Jur., p. 361, note *Lenoan* ; RCDIP, 1950, p. 429, note *Lerebours-Pigeonnière*.

⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1978, *Saccone*, RCDIP, 1979, p. 775, note *Courbe*.

⁹⁴ Ph. *Gouband*, « L'obligation d'appliquer ... », *op. cit.*, p. 904.

frauduleuse de l'élément de rattachement : il s'agit de l'hypothèse de la fraude à la loi.

Ces mécanismes correctifs de la règle de conflit par l'éviction de la loi étrangère compétente ne sont pas entièrement pris en compte par l'avant-projet de code. L'exception d'ordre public est reconnue (a), alors que l'exception de fraude à la loi est méconnue (b).

a) *L'exception d'ordre public reconnue*

La loi étrangère désignée par la règle de conflit consacre parfois une solution si choquante au regard des conceptions du *for* que le juge doit refuser de l'appliquer et recourir à la *lex fori* de par sa vocation subsidiaire. L'exception d'ordre public en droit international privé contrairement au droit interne, peut se définir comme un ensemble de principes considérés au Cameroun à un moment donné, comme des principes fondamentaux du système. Il intervient pour défendre des valeurs que la Cour de cassation appelle dans l'arrêt *Lautour* « des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». C'est donc un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi.⁹⁵ Ainsi, la fonction de l'ordre public dans le sens du droit international privé est de sauvegarder les conceptions juridiques et morales essentielles du *for*, en écartant le droit étranger auquel conduit normalement la règle de conflit lorsqu'il s'y trouve des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi parce qu'elles sont contraires à ces données essentielles du *for*.⁹⁶ Dans ce sens, l'article 16 alinéa 5 de l'avant-projet dispose : « La loi nationale [camerounaise] se substitue à la loi étrangère lorsque l'ordre public camerounais est intéressé ». Cependant, il faut distinguer les degrés d'intervention de l'exception d'ordre public en fonction de son effet atténué ou de son effet radical.

A partir de la solution de l'arrêt *Rivière*⁹⁷, il est admis que

[...] la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger.

Cela veut dire que l'ordre public sera radical lorsqu'il s'agira de créer un rapport juridique, et il sera atténué lorsqu'il faudra seulement reconnaître les effets sur le territoire du *for*, d'un droit acquis à l'étranger. Par exemple, deux camerounais ne peuvent pas contracter un mariage polygamique en France, parce que l'ordre public français s'y oppose : c'est l'effet radical. En revanche, si un camerounais contracte mariage avec plusieurs conjointes au Cameroun et décide ensuite d'aller vivre avec elles en France, le droit français ne dénierait pas la qualité d'épouse à chacune d'elles. C'est l'effet atténué de l'ordre public. Toutefois, contrairement à certains pays comme la France où l'on peut observer l'effet radical et l'effet atténué de l'ordre public, au Cameroun, seul l'effet radical serait admis. Par exemple, aucun mariage homosexuel ne peut être célébré au Cameroun, et aucun mariage homosexuel célé-

⁹⁵ Voir J. *Diffo Tchunkam*, « Le juge camerounais ... », *op. cit.*, p. 21.

⁹⁶ Voir B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais ... », *op. cit.*

⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1953, *Rivière*, RCDIP, 1953, p. 412, note *Batiffol*.

bré à l'étranger ne peut produire des effets au Cameroun.⁹⁸ Sur ce dernier point, l'article 39 de l'avant-projet de code dispose : « Un droit acquis à l'étranger ne peut avoir effet au Cameroun s'il est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public camerounais ». La doctrine pense certainement que

[...] c'est au problème des mariages homosexuels ou des partenariats homosexuels que l'avant-projet entend apporter une réponse définitive [...]. Tant que l'homosexualité restera une infraction, l'ordre public international camerounais s'opposera impérativement même si les époux sont des nationaux d'un pays admettant cette forme de mariage.⁹⁹

b) L'exception de fraude à la loi méconnue

L'hypothèse d'éviction de la loi étrangère par l'exception de fraude à la loi dans l'avant-projet de code n'est pas envisagée. Pourtant, le droit international privé est réputé être le domaine d'élection de la fraude à la loi. La multiplicité des systèmes juridiques existant dans le monde fournit aux individus, le moyen d'échapper à la loi qui leur est normalement applicable, en se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi dont la teneur convient mieux à leurs desseins. Aussi, la doctrine a-t-elle relevé à raison que

[l]e silence du législateur sur ce point ne saurait trouver de justification convaincante. Il révèle en réalité une certaine faiblesse de l'ensemble de son œuvre, témoignant chez lui d'un manque de ligne directrice claire et de la tendance à résoudre les problèmes un par un, sans conception d'ensemble. D'où les omissions, les incohérences, voire les contradictions.¹⁰⁰

Face à cette carence, en restant dans la ligne de réception du droit français, on rappellera les solutions en vigueur en France.

En droit international privé, la fraude à la loi « consiste en l'utilisation volontaire d'une règle de conflit de lois dans le but d'échapper à l'application de la loi normalement compétente ».¹⁰¹ Elle a été inaugurée en jurisprudence par l'affaire de la princesse de Bauffremont. Séparée de corps en vertu d'un arrêt de la Cour de Paris du 1 août 1874,¹⁰² la princesse de Bauffremont reçut par voie de naturalisation la qualité de ressortissante du duché allemand de Saxe-Altenburg, puis se remaria à Berlin avec le prince Bibesco ; la séparation de corps du droit français ayant les effets d'un divorce allemand en vertu de l'article 734 du code civil prussien alors en vigueur à l'époque. Le prince de Bauffremont obtint des juridictions françaises l'opposabilité en France du second mariage, le changement de nationalité qui l'avait rendu possible ayant été fait « dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française »¹⁰³ qui, à cette époque, n'admettait pas le divorce. De cette jurisprudence, on perçoit clairement les éléments constitutifs de la fraude à la loi ainsi que sa sanction.

⁹⁸ Voir J. *Diffo Tchunkam*, « Le juge camerounais ... », *op. cit.*, p. 22.

⁹⁹ Th. *Atangana-Malongue*, « Le domaine de la loi applicable ... », *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁰⁰ B. *Djuidje*, « Les conflits de loi dans le projet camerounais ... », *op. cit.*

¹⁰¹ P. *Louis-Lucas*, « La fraude à la loi étrangère », RCDIP, 1962, I.

¹⁰² Cour d'appel de Paris, 1 août 1874, Dalloz Périodique (DP), 1876, I, p. 467.

¹⁰³ Cass. civ., 18 mars 1878, DS (Recueil Sirey), 1878, I, p. 193, note *Labbé*.

Pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut d'une part, *un élément matériel*, notamment l'utilisation volontairement déguisée d'une règle de conflit. Ce qui suppose que la règle de conflit soit fondée sur un élément de rattachement dont la localisation dépend de façon directe ou indirecte de la volonté de l'individu. Ainsi donc, la fraude à la loi ne se conçoit que dans les statuts dont les parties sont à même de modifier les facteurs de rattachement utilisés. C'est le cas pour le statut personnel (où l'on peut modifier la nationalité, le domicile et la résidence), pour le statut réel (où l'on peut modifier la localisation d'un meuble) pour le lieu de conclusion d'un acte, pour l'autonomie de la volonté (au cas où on limiterait le choix des parties entre les lois présentant des liens objectifs effectifs avec le contrat), pour le conflit de juridiction. D'autre part, il faut *un élément intentionnel*, c'est-à-dire l'intention d'échapper à la loi, d'échapper à une disposition impérative de la loi normalement applicable. L'intention de changer la loi applicable doit être le but du changement du facteur de rattachement ; il faut démontrer donc l'intention des parties d'échapper à la loi normalement compétente. L'intention de fraude dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond existe, lorsque les actes ou circonstances volontaires qui rendent applicable une loi étrangère ont eu pour cause déterminante le désir d'échapper à une disposition légale impérative. Mais la grande difficulté est de départager la fraude à la loi et les effets de la liberté des parties de se placer même volontairement mais sans fraude, sous l'empire de la loi qu'elles veulent rendre applicable en vertu des règles de droit international privé. Il ne faut pas aller jusqu'à donner au juge la mission de scruter les consciences et de voir l'illégalité là où il ne peut que constater, de bon ou de mauvais gré, l'application volontaire non frauduleuse des normes du conflit de lois.

Quant à *la sanction de la fraude à la loi*, alors qu'en droit interne, la sanction de la loi a pour effet de détruire complètement l'acte qui en est entaché, en droit international privé, la sanction n'est pas aussi complète. Il s'agit de l'inopposabilité d'un acte frauduleux. Mais la difficulté ici est de déterminer ce qui est inopposable. Est-ce l'acte frauduleux tout entier ou seulement les conséquences frauduleuses que l'intéressé se proposait de lui faire produire ? La doctrine pense que

[...] la sanction frappant l'ensemble de l'acte frauduleux présente l'avantage d'être à la fois mieux adaptée et d'une mise en œuvre facile. C'est à elle que la Cour de cassation s'est ralliée, puisque dans l'arrêt illustratif, [l'affaire de la Princesse de Bauffremont], elle affirme que la princesse est demeurée française.¹⁰⁴

Dans cet ordre d'idées, non seulement la naturalisation intervenue en fraude à la loi française est dépourvue de toute valeur juridique en France, mais surtout, les juges français ont refusé de reconnaître le divorce et le remariage de la princesse, puisqu'il s'agissait des conséquences du but de l'acte frauduleux.

Par ailleurs, la conception classique limitait la sanction de fraude à la loi au cas où c'est l'application de la loi du *for* qui est éludée,¹⁰⁵ une conception plus moderne

¹⁰⁴ J. Dikko Tchoukam, « Le juge camerounais ... », *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁵ Cette conception a été illustrée dans l'arrêt *Mancini* de la Cour de cassation française. Voir cass. civ., 5 févr. 1929, *Mancini*, DS (Recueil Sirey), 1930, I, 181, note *Audinet*. Voir aussi cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, RCDIP, 1964, note *Batiffol* ; cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1983, *Sié Lafarge*, RCDIP, 1985, p. 346, note *Ancel*.

retient l'exception de la fraude à la loi étrangère au moins dans l'hypothèse où la fraude à la loi a consisté à éluder la loi étrangère normalement compétente au profit non de la loi du *for* mais d'une autre loi étrangère.¹⁰⁶

Rendus à cette étape de la réflexion, nous percevons très bien qu'en matière de conflit de lois, les rédacteurs de l'avant-projet de code ont réservé une part importante aux solutions du droit international privé même si la démarche n'est pas toujours cohérente. D'où l'incomplétude qui vient d'être démontrée tant dans l'élaboration des techniques du raisonnement conflictuel, que dans l'utilisation de ces techniques. Par contre, à propos des conflits de juridictions, les solutions du droit positif français (en vigueur au Cameroun) ont été tout simplement reconduites. C'est pourquoi, sur ce point, on note *une certaine* complétude.

II Une réception complète des solutions du droit français en matière de conflits de juridictions

Dans son sens le plus large, l'expression « conflits de juridictions » désigne le droit judiciaire privé applicable à un litige comportant des éléments internationaux ou, à tout le moins, un élément d'extranéité.¹⁰⁷ Ainsi compris, les conflits de juridictions peuvent englober des questions de conflits de lois ou des questions relatives à la condition des étrangers, notamment l'obligation pour le demandeur étranger de fournir une caution devant un tribunal.¹⁰⁸ Mais, c'est plutôt une conception réduite qui est généralement retenue. Les conflits de juridictions concernent en amont, la détermination de la juridiction compétente et en aval, la détermination des conditions d'efficacité des jugements étrangers. L'instance, à quelques exceptions, reste soumise à la *lex fori*.

Traitant des conflits de juridictions, l'avant-projet de code des personnes et de la famille n'aborde que le premier aspect de la question, renvoyant implicitement le second aspect à la loi n° 2007/001 du 19 avril 2007¹⁰⁹ instituant le juge du contentieux de l'exécution. Même éparpillées dans plusieurs supports, les dispositions sur les conflits de juridictions conservent une certaine cohérence cristallisée autour de la réception du droit français. En effet, les solutions retenues sont celles du droit français (à l'exclusion du droit communautaire européen) applicables au Cameroun en vertu du principe de la continuité législative contenues dans les dispositions constitutionnelles transitoires depuis les indépendances. A l'analyse donc, il y a dans le

¹⁰⁶ TGI Seine, 14 mai 1962, Affaire *De Gunzbourg*, DS (Recueil Dalloz), 1962, p. 653, note *Malaurie*, et sur appel, Paris, 18 juin 1964, *Clunet*, 1964, p. 810, note *Bredin*. Paris, 19 févr. 1960, RCDIP, 1961, p. 182, note *Lagarde* ; Paris, 10 nov. 1959, RCDIP, 1960, p. 218, note *Francescakis*.

¹⁰⁷ Si en droit judiciaire privé interne pour exercer une action en justice, la principale difficulté à résoudre est celle de la compétence de la juridiction à saisir, en droit international judiciaire privé l'exercice d'une action en justice se complique d'avantage en raison de l'existence d'un élément d'extranéité. L'enjeu, de toute évidence, n'est pas le même : car, dire qu'un tribunal est compétent pour connaître d'un litige est autre chose que déterminer la loi qui sera appliquée à ce litige. C'est ce qui fait toute la particularité de l'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé.

¹⁰⁸ Voir J. *Derruppé* et J.-P. *Laborde*, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁹ Cette loi s'intitule exactement « Loi N°/2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères ».

projet de code, un maintien des solutions classiques de détermination de la juridiction compétente d'une part (A), et d'autre part, un maintien des solutions classiques d'efficacité des jugements étrangers (B).

A Le maintien des solutions classiques de détermination de la juridiction compétente

Traditionnellement, en droit français (camerounais), les solutions auxquelles on recourt pour déterminer la juridiction compétente dans un litige comportant un élément d'extranéité sont au nombre de trois : le privilège de juridiction fondée sur la nationalité (1), la territorialité (2) et la volonté des parties (3).

1 Le privilège de juridiction fondé sur la nationalité camerounaise

Le privilège de juridiction est le droit reconnu à certaines personnes de comparaître devant une juridiction autre que celle à laquelle les règles du droit commun procédural attribuent compétence. En droit français (camerounais), ce privilège a pour base la nationalité française de l'une des parties. C'est le sens de l'article 14 du code civil lorsque le demandeur est de nationalité française ou camerounaise, et de l'article 15 lorsqu'il s'agit du défendeur. L'avant-projet reprend presque *mutatis mutandis* ces deux textes. D'après l'article 33 al. 2,

[...] l'étranger, même non résident au Cameroun pourra être cité devant les tribunaux camerounais pour l'exécution des obligations par lui contractées au Cameroun avec un camerounais, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des camerounais, notamment celles découlant du mariage, de l'union libre, de la parenté réelle ou fictive, de la tutelle, ainsi que pour les atteintes aux droits de la personnalité.

A cette disposition, l'article 34 pose une règle complémentaire : « un camerounais pourra être traduit devant un tribunal du Cameroun pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». L'interprétation de ces articles, comme il en a été pour les articles 14 et 15 du code civil en France, doit poser les mêmes difficultés et obtenir les mêmes solutions : en premier lieu, le domaine d'application de ces règles, en second lieu, leur caractère impératif ou non, et en troisième lieu la détermination du tribunal national compétent.

Sur le *domaine d'application*, la jurisprudence a interprété de façon extensible les deux règles, aussi bien en ce qui concerne les actions qu'en ce qui concerne les personnes.

A propos de l'aspect *matériel*, les articles 14 et 15 ont une portée générale s'étendant à toutes les matières. La première chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 27 mai 1970, *Weiss C. Soc. Atlantic Electric et autres*¹¹⁰ en ces termes :

Vu l'article 14 du code civil. Attendu que ce texte, qui permet au plaideur français d'attirer devant les juridictions françaises, a une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage, portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution [...].

¹¹⁰ Civ. 1^{re}, 27 mai 1970 ; RCDIP, 1971, note *Batiffol*.

Il s'agit d'une interprétation extensive du domaine matériel de l'article 14 par rapport à la lettre du code civil. Alors que le code civil ne vise que l'exécution des « obligations contractées », la jurisprudence va plus loin et vise d'autres litiges. Cependant, trois types de litiges échappent au domaine d'application matériel des articles 14 et 15 du code civil : les actions réelles immobilières et les demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger et aux voies d'exécution pratiquées à l'étranger.¹¹¹ Dans les mêmes limites, l'article 15 permet à tout demandeur étranger de citer en France (Cameroun) tout défendeur français (camerounais). De nombreuses applications de cette interprétation ont été faites. En matière de divorce,¹¹² de responsabilité délictuelle,¹¹³ de contribution aux charges du ménage,¹¹⁴ de contrat de travail.¹¹⁵ Pour le contrat de travail particulièrement, en raison de la multiplicité des points de rattachement qui peuvent exister, Paul *Lagarde* souligne que

[...] si le travail est exécuté dans un établissement situé à l'étranger ou si, le travail étant exécuté hors de tout établissement, le contrat a été conclu à l'étranger, la compétence des tribunaux français ne peut se fonder que sur la nationalité française du salarié, c'est-à-dire sur les articles 14 et 15 du code civil auxquels il est possible de renoncer.¹¹⁶

Quant à l'aspect *personnel*, les articles 14 et 15 s'appliquent en considération de la seule qualité de français (camerounais) du demandeur ou du défendeur, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'autre rattachement avec la France (le Cameroun), en particulier le domicile ou la résidence de l'intéressé.¹¹⁷ Ils peuvent être invoqués d'après la jurisprudence, par les personnes morales comme par les personnes physiques.¹¹⁸ Même les réfugiés peuvent invoquer ce privilège de juridiction. Dans un arrêt du 12 décembre 1967, rendu par la Cour d'appel de Paris, confirmant une position déjà adoptée par elle, dans une décision du 27 juin 1957, les juges ont admis que

[...] l'article 26 de la convention de Genève du 28 Juillet 1951 sur les réfugiés prévoyant l'assimilation aux nationaux en ce qui concerne « l'accès aux tribunaux », il échet de dire que cette expression doit être interprétée de façon large, comprenant l'application des règles de compétence réservées aux Français.¹¹⁹

L'hypothèse d'un changement de nationalité soulève la question de savoir, à quel moment se placer pour tenir compte de la nationalité française (camerounaise). A cette question, la jurisprudence répond que la qualité de français (camerounais) de l'une des parties au litige doit s'apprécier au jour de l'introduction de l'instance.¹²⁰

¹¹¹ Il faut noter qu'en droit camerounais, ce dernier aspect ne vaut que pour autant qu'on n'est pas dans un pays membre de l'OHADA où s'applique le droit communautaire en matière de voies d'exécution.

¹¹² Civ. 1^{re}, 23 avril 1959, DS (Recueil Dalloz), 1959, note *Holleaux*.

¹¹³ Civ. 1^{re}, 5 déc. 1972, RCDIP, 1973, p. 356.

¹¹⁴ Civ. 1^{re}, 11 mai 1976, RCDIP, 1977, p. 352, note *Mayer*.

¹¹⁵ Soc. 23 mai 1973 Affaire *Cie Royal Air Maroc c/ Bacquias*, RCDIP, 1974, p. 354, note *Lagarde*.

¹¹⁶ Note sous soc., 23 mai 1973, précité.

¹¹⁷ Paris, 29 juin 1972, RCDIP, 1973, p. 550, note *Depitre* ; civ. 1^{re}, 27 janv. 1987.

¹¹⁸ Voir pour la société : Paris, 21 mai 1957 ; RCDIP, 1958, p. 128, note *Francescakis*.

¹¹⁹ Paris, 12 déc. 1967, RCDIP, 1969, p. 502, note *Loussouarn*.

¹²⁰ Civ., 9 mars 1863, DP, 1963, I, p. 176.

Sur le *caractère non impératif* des règles posées par les articles 14 et 15 du code civil, il convient de relever à ce niveau que le juge ne peut les appliquer d'office et leurs bénéficiaires ont toujours la faculté d'y renoncer. Ces articles sont d'application subsidiaire, c'est-à-dire qu'ils ne sont applicables que lorsqu'un critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France (Cameroun) et ne permet donc pas de fonder la compétence du juge français. La Cour d'appel de Paris avait dans un arrêt, précisé ce caractère facultatif des articles 14 et 15 :

Vu l'article 14 du code civil ; – Attendu que ce texte, qui autorise les Français à citer devant les tribunaux français les étrangers pour l'exécution des obligations que ces derniers ont contractées envers eux n'est pas d'ordre public ; qu'au cas où ceux qui bénéficient du privilège de juridiction qu'il institue ne l'auraient pas invoqué, il n'appartient pas aux juges de le faire jouer d'office.¹²¹

De la note qu'en fait Yvon *Loussouarn*, il ressort que

[...] l'arrêt rapporté est d'une importance certaine, car il tranche un problème sur lequel la Cour de Cassation n'avait pas été jusqu'à ce jour appelée à se prononcer : celui de savoir si nos tribunaux peuvent fonder d'office leur compétence sur l'article 14 du code civil alors même que le demandeur ne l'a pas invoqué.

On comprend ainsi que les parties au litige peuvent choisir de renoncer au bénéfice des articles 14 et 15. Les deux formes de renonciation sont d'une part la renonciation par convention et d'autre part la renonciation par action en justice à l'étranger. La première résulte généralement de l'insertion dans le contrat d'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger¹²² ou d'une clause compromissoire attribuant compétence à un arbitre.¹²³

La renonciation peut aussi résulter pour le demandeur, de l'exercice d'une action en justice devant un tribunal étranger.¹²⁴ La Cour de cassation l'a martelé dans des arrêts relativement récents : « que l'article 14 n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas à son profit une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». ¹²⁵ Il faut en conclure que, si une juridiction étrangère a été préalablement saisie, le juge français ne pourra plus retenir une compétence exclusive fondée sur la nationalité française du demandeur mais devra rechercher si le juge étranger avait des liens caractérisés avec le litige et si sa saisine n'était pas frauduleuse. Pour le défendeur, la renonciation est quelque peu délicate.

¹²¹ Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1963, *Cie Marocaine de Boissons c/ Société vinicole du Languedoc*. Dans le même sens, voir civ. 1^{re}, 19 nov. 1985 ; civ. 1^{re}, 18 avril 2000.

¹²² Civ. 1^{re}, 25 nov. 1986 ; Revue trimestrielle de droit civil (Rev. trim. dr. civ.), 1987, p. 548, obs. *Mestre*.

¹²³ Com., 21 juin 1967 ; RCDIP, 1966, p. 477, note *Mezzer*.

¹²⁴ Paris, 20 janv. 1965, Gazette du Palais (Gaz. Pal.), 1965, 2, p. 141 ; TGI de Seine, 28 févr. 1961, RCDIP, 1961, p. 572.

¹²⁵ Civ. 1^{re}, 22 mai 2007, Bulletin de la Cour de cassation (Bull.), 2007, I, n° 195, pourvoi n° 04-14.716 ; RCDIP, 2007, p. 610, note *Gaudemet-Tallon* ; JDI, 2007, p. 956, note *Ancel* et *Muir Watt*. Voir aussi civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, Bull., 2008, I, n° 38, pourvois n° 06-12.405 et 06-12.406, RCDIP, 2008, p. 644, note *Muir Watt*.

On se demande si le fait pour le défendeur français (camerounais) d'opposer l'incompétence du juge étranger est généralement considéré comme manifestant sa volonté de ne pas renoncer au bénéfice de ce texte. Mais doit-on déduire *a contrario* que le fait de n'avoir pas opposé l'incompétence emporte renonciation ? La jurisprudence ici est moins catégorique que dans le cas de l'article 14.¹²⁶ Dès lors, il n'y a renonciation au bénéfice de l'article 15 que si les deux parties ont accepté. Dans une affaire du 7 décembre 1971, la Cour de cassation a précisé que

[...] le seul fait de la nationalité française de la compagnie d'assurance justifie la compétence des tribunaux français à l'égard de l'assureur et de l'assuré, même si l'accident est survenu en Algérie où sont domiciliés l'assuré et le demandeur victime de l'accident.¹²⁷

Sur la *détermination du tribunal* français (camerounais) *territorialement compétent*, les articles 14 et 15 du code civil se bornent à attribuer compétence, à l'ordre juridictionnel français (camerounais). Il ne précise pas quel est le tribunal français (camerounais) compétent. Or, il faut en découvrir un, puisque la compétence appartient à la justice française (camerounaise) de l'un des plaideurs. Dès lors qu'il existe une compétence générale du juge français (camerounais), la compétence d'une juridiction particulière est déterminée par le code de procédure civile et commerciale sur la base des règles internes de compétence territoriale et matérielle. Il peut s'agir du tribunal du lieu du fait dommageable, du tribunal du domicile du défendeur, du tribunal du lieu de situation d'un immeuble etc. Dans tous les cas, si aucun de ces critères ne peut être satisfait, le demandeur a toujours la possibilité de choisir le tribunal qui présente pour lui la plus grande commodité. Un tel choix devrait répondre aux exigences d'une bonne administration de la justice.¹²⁸ Il peut par exemple choisir le tribunal dans le ressort duquel une exécution forcée est réalisable. Cette difficulté traduit une vérité implacable : l'impossibilité de pouvoir toujours appliquer aux français (camerounais) la loi française (camerounaise). C'est pourquoi, en dehors des limites relatives aux immunités de juridictions et d'exécution,¹²⁹ les articles 14 et 15 ont fait l'objet en France de quelques critiques. Georges Droz disait :

¹²⁶ Civ. 1^{re}, 25 mai 1987 ; Bull., 1987, I, n° 127.

¹²⁷ Civ. 1^{re}, 7 déc. 1971, Clunet, 1972, p. 84, note *Bigot* ; Paris, 18 oct. 1972, Clunet, 1973, p. 371, note *Beby-Gerard* ; civ. 1^{re}, 25 oct. 1966 : RCDIP, 1967, p. 557, note *Francescakis*. Voir aussi civ. 1^{re}, 4 oct. 1967 : JCP, 1968, II, n° 15, p. 634, note *Siaelli*.

¹²⁸ Civ., 14 févr. 1962, DS (Recueil Dalloz), 1962, p. 181, note *Holleaux*, RCDIP, 1963, p. 87, note *Lagarde*.

¹²⁹ Il est admis que certaines personnes échappent à la juridiction des tribunaux d'un Etat déterminé. Cette limitation de pouvoir de juridiction que l'Etat confère normalement à ses tribunaux s'explique par des raisons tirées du droit international public. En vertu, semble-t-il, d'une idée de courtoisie internationale les tribunaux d'un pays ne peuvent reconnaître, en principe, les actions dirigées contre :

- 1) les Etats étrangers pour des actes de puissance publique ou pour ceux accomplis dans l'intérêt d'un service public ;
- 2) les Souverains et Chefs d'Etats (ou Chefs de gouvernement, ministres en déplacement) du moins pour les actes de leur vie publique ;
- 3) des agents diplomatiques dans des pays où ils exercent leurs fonctions. Voir cass. soc., 10 nov. 1998, DS, 1999, p. 157, note *Menjuq*.

En effet, l'argument que les articles 14 et 15 permettent d'assurer l'application de la loi française aux français ne se justifie plus puisque le contrôle de l'application de la règle de conflit par le juge français requis suffit déjà à sanctionner l'irrégularité de tout jugement étranger qui n'aurait pas appliqué celle-ci.¹³⁰

Le culte de la nationalité peut ainsi s'avérer infécond pour la détermination de la juridiction compétente dans un litige comportant un élément d'extranéité. Cela justifierait dans une certaine mesure, le recours à la compétence territoriale.

2 La compétence fondée sur le territoire

Les règles de *compétence territoriale* suffisent quelquefois à déterminer la compétence internationale d'une juridiction donnée. Elles impliquent l'aptitude d'une juridiction à connaître du litige du fait de sa localisation dans le territoire de compétence de ladite juridiction. Dans les pays où ces règles existent, il suffit que l'élément de rattachement auquel se réfère la règle de compétence soit situé dans le territoire dudit pays, pour fonder la compétence de ses juridictions. Dès le XX^e siècle en France, la question du sort des litiges civils entre étrangers se posait avec une acuité grandissante : fallait-il déclarer compétentes les juridictions françaises ? Les lectures combinées des articles 14 et 15 du code civil ne permettaient une telle extension de compétence, et le principe en la matière était celui de l'*incompétence des juridictions françaises*. Il est donc revenu à la jurisprudence d'opérer une extension de compétence des juridictions françaises lorsque les deux parties au litige étaient étrangers.¹³¹ Le point de départ d'une telle extension fut la décision rendue par la Cour de cassation dans l'une des affaires *Patino*¹³², où fut admise « la recevabilité des demandes formées par des étrangers contre des étrangers », avec la formule consacrée dans l'arrêt *Pelassa*¹³³, notamment, « l'extension à l'ordre international des règles françaises internes de compétence ». Un principe plus édifiant a depuis lors été énoncé par l'arrêt *Scheffel*¹³⁴ en ces termes : « L'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises dont, d'autre part, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence interne ». Toutefois, on doit remarquer qu'en droit français, les règles de compétence territoriale s'appliquent en toutes matières, exception faite des *successions immobilières* et de façon plus accrue en matière de *lois de police*.

Il faut noter que les bénéficiaires de l'immunité de juridiction sont également protégés par une immunité d'exécution qui fait échec, dans les cas où l'immunité de juridiction aurait été écartée, à la réalisation du droit reconnu par une juridiction. Voir cass. civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Eurodif*, DS, 1984, p. 629, Rapport Fabre, note *Robert* ; RCDIP, 1988, p. 644, note *Bischoff*.

¹³⁰ G. Droz, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du code civil français », RCDIP, 1975, p. 1.

¹³¹ On y ajoute que, lorsqu'une des parties est française, les art. 14 et 15 du code civil ne jouent pas.

¹³² Cass. civ., 21 juin 1948, RCDIP, 1949, p. 557, note *Francescakis*.

¹³³ Civ., 19 oct. 1959, RCDIP, 1960, p. 215, note *Lequette* ; DS (Recueil Dalloz), 1960, p. 37, note *Holleaux*.

¹³⁴ Civ., 30 oct. 1962, RCDIP, 1963, p. 387, note *Francescakis* ; DS (Recueil Dalloz), 1963, p. 109, note *Holleaux*.

En droit positif camerounais, la règle de la compétence territoriale a eu un écho favorable, puisqu'elle est consacrée par la jurisprudence.¹³⁵ Mais ici, le juge lui donne une interprétation assez malheureuse car pour le juge, la saisine fonde la compétence législative,¹³⁶ alors même que compétence juridictionnelle et compétence législative ne peuvent être confondues dans les rapports internationaux en droit privé.¹³⁷ Cela pourrait provenir comme le relève Brigitte Djuidje¹³⁸ du fait de la confusion entre le problème en droit interne camerounais du conflit de compétences entre juridiction de droit commun et juridiction de droit coutumier, et celui du conflit de compétences sur le plan international. Il n'en demeure pas moins que le juge camerounais fonde sa compétence internationale en empruntant aux critères de détermination de la compétence territoriale interne. Cette compétence pourrait être renforcée au cas où les parties ont décidé de lui attribuer la connaissance de leur litige éventuel.

a) La compétence fondée sur la volonté des parties

Un rapport international de droit privé peut faire l'objet d'un certain nombre d'aménagements, notamment en ce qui concerne sa structuration mais aussi, en ce qui concerne tout litige qui pourrait en naître. Ces aménagements, généralement sous la forme de clauses, désignent l'ordre juridictionnel étatique compétent, et sont très fréquents dans les contrats internationaux. Tant sous la forme de *clauses attributives de juridiction* ou sous la forme de *clauses compromissaires*, elles permettent aux parties de conférer ou d'étendre la compétence d'une juridiction donnée.

Une clause attributive de compétence est « une disposition contractuelle confiant le règlement du litige à une juridiction sans qualité pour en connaître, qu'il s'agisse de compétence d'attribution ou de compétence territoriale »¹³⁹. Ainsi définie, la clause attributive de compétence est une expression de la volonté des parties à l'occasion du contrat qui les lie.

Il est tout de même nécessaire de souligner que pour emporter des effets juridiques, elles doivent être reconnues valables selon la loi du tribunal saisi et obéir aux conditions de fond et de forme requises par le droit commun des contrats.

La clause compromissoire est une clause insérée dans un contrat, par laquelle les parties s'engagent à recourir à l'arbitrage pour les différends qui surgiraient entre elles. Elle doit être appréhendée dans l'ensemble plus grand de la *convention d'arbitrage*, incluant la clause d'arbitrage et le compromis d'arbitrage. L'aspect volontaire y est très prépondérant, mais la validité d'une telle convention est conditionnée

¹³⁵ TGI de Yaoundé, jugement civil n° 391 du 6 juillet 1983, *Aff. Mme Mondele née Guerassmienko c/ Mondele Abraham*, inédit.

¹³⁶ « Attendu que les époux MONDELE qui sont de nationalité centrafricaine et soviétique ont accepté l'application de la loi camerounaise par la saine du juge camerounais [...] » TGI de Yaoundé, jugement civil n° 391 du 6 juillet 1983, *Aff. Mme Mondele née Guerassmienko c/ Mondele Abraham*, inédit.

¹³⁷ Il faut éviter toute confusion entre la compétence législative (conflit de lois) et la compétence juridictionnelle (conflits de juridictions) : le règlement de l'une des questions ne détermine pas nécessairement le règlement de l'autre puisque la compétence d'une loi de pays A n'empêche pas que le tribunal du pays B soit compétent pour trancher le litige. Cette position est une des caractéristiques du Droit international privé.

¹³⁸ Voir B. Djuidje, *Pluralisme législatif ...*, *op. cit.*

¹³⁹ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd., Paris, 2003, p. 107.

par l'arbitrabilité ou non du litige. En droit camerounais, deux conditions essentielles sont requises : la libre disponibilité de leurs droits par les parties¹⁴⁰ et l'absence d'une contestation communicable au ministère public¹⁴¹. Bien que l'avant-projet n'envisage que la clause attributive de compétence,¹⁴² la place de la clause compromissoire dans nos développements paraît justifiée, étant donné que la compétence de la juridiction étatique ou arbitrale étrangère qui a rendu une décision, peut se trouver remise en cause devant le juge étatique, au moment d'en réclamer les effets par le biais de l'*exequatur*.

B Le maintien des solutions classiques d'efficacité des jugements étrangers

Lorsqu'un jugement est rendu à l'étranger et qu'il doit produire des effets en France (au Cameroun), la partie qui a obtenu le jugement doit solliciter l'*exequatur*, afin de rendre efficace cette décision obtenue à l'étranger.¹⁴³ L'*exequatur* est la décision par laquelle un tribunal camerounais donne aux jugements et actes publics étrangers force exécutoire au Cameroun. Seulement, la demande d'*exequatur* n'est pas une condition *sine qua non* d'efficacité des jugements étrangers, étant donné que le Cameroun pratique la distinction qui existe en droit français entre les jugements extrapatrimoniaux et les jugements constitutifs d'une part, et les jugements déclaratifs patrimoniaux d'autre part, les premiers bénéficiant de plein droit de l'autorité de la chose jugée.¹⁴⁴ Ainsi, les jugements constitutifs ou relatifs à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets indépendamment de l'*exequatur*.¹⁴⁵ Par contre, pour les jugements ne rentrant pas dans ce domaine, une procédure d'*exequatur* est nécessaire. Depuis l'arrêt *Munzer*¹⁴⁶, une évolution¹⁴⁷ s'est opérée, et il est

¹⁴⁰ Art. 2 al. 1 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

¹⁴¹ Art. 577 du Code de procédure civile camerounais.

¹⁴² Art. 33 al. 1.

¹⁴³ L'article 30 de l'avant-projet de code des personnes et de la famille dispose : « Les jugements étrangers n'ont force exécutoire au Cameroun qu'après *exequatur* obtenu dans les formes prévues par la loi nationale ».

¹⁴⁴ Voir article 31 de l'avant-projet de code des personnes et de la famille : « Lorsqu'ils ne donnent pas lieu à des actes d'exécution, les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets au Cameroun, indépendamment de toute décision d'*exequatur* ».

¹⁴⁵ Dans le sillage d'une jurisprudence lentement et difficilement élaborée, notamment par les arrêts *Bulkley* du 28 févr. 1860 et *De Wrède*, du 9 mai 1900 (DS (Recueil Sirey), 1901, I, p. 185, Clunet, 1901, p. 63), l'arrêt *Hainard* (Req. 3 mars 1930, DS (Recueil Sirey), 1930, I, note *Niboyet*), a clairement affirmé cette distinction. En effet, « ces jugements produisent en France indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*, sauf les cas où ils doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes ».

¹⁴⁶ L'arrêt *Munzer* (civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, Bull., I, n° 15) énonce que, pour accorder l'*exequatur*, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ; que cette vérification qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'*exequatur*, constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en

désormais acquis que si les conditions d'introduction de la requête sont remplies,¹⁴⁸ le juge se limite à trois recherches : la compétence du juge étranger (1), la compétence de la loi appliquée (2), la non contrariété à l'ordre public et l'absence de fraude à la loi (3).

1 Le contrôle de la compétence du juge étranger

Les conditions dans lesquelles le juge étranger doit être reconnu compétent ont été précisées par l'arrêt *Simitch*. Toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleuse. Le juge de l'*exequatur* ayant l'obligation de vérifier la compétence internationale indirecte du juge étranger devait, lorsque le défendeur à l'instance en *exequatur*, de nationalité française, se prévalait de cet article 15, sans y avoir renoncé, rejeter la demande, dès lors qu'il existait une compétence exclusive de la juridiction française. Mais le 23 mai 2006, la première chambre civile a mis fin à cette interprétation en jugeant que

[...] l'article 15 du code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux.

Désormais, le défendeur français ne pourra plus invoquer le privilège de juridiction pour s'opposer à une demande d'*exequatur*, si le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat de la juridiction saisie et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux. On peut interpréter l'article 7 alinéa 1 de la loi de 2007 sur le juge de l'*exequatur*, dans ce sens, lorsqu'il dispose que le juge se borne à vérifier que « la dé-

France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision.

¹⁴⁷ Cass. civ., 4 oct. 1967, *Bachir*, DS, 1968, p. 95, note *Metzger* ; cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 1985, *Simitch*, DS, 1985, p. 649, note *Massip* ; cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, Bull., 2006, I, n° 254, pourvoi n° 04-12.777, Rapport annuel de la Cour de cassation 2006, p. 463 ; cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, Bull., 2007, I, n° 68, pourvoi n° 05-14.082, Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, p. 480.

¹⁴⁸ La loi de 2007 sur le juge de l'*exequatur* prévoit quatre conditions. L'article 6 dispose :
En matière civile, commerciale ou sociale, la partie qui sollicite la reconnaissance ou l'*exequatur* d'une décision judiciaire étrangère doit saisir le juge du contentieux de l'exécution du lieu où l'exécution est envisagée d'une requête accompagnée :
1) d'une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;
2) de l'original de l'exploit de signification de la décision ou de tout autre acte qui tient lieu de signification ;
3) d'un certificat du greffier constatant qu'il n'existe contre la décision ni opposition, ni appel ;
4) le cas échéant, d'une copie de la citation ou de la convocation de la partie qui a fait défaut à l'instance, copie certifiée conforme par le greffier de la juridiction qui a rendu la décision, et toutes pièces de nature à établir que cette citation ou convocation l'a atteinte en temps utile.

cision émane d'une juridiction compétente dans son pays d'origine ». L'accord de coopération judiciaire franco-camerounais¹⁴⁹ précise que la compétence du juge étranger doit être déterminée « d'après les règles de conflits de l'Etat requis, sauf renonciation de la partie intéressée »¹⁵⁰.

2 Le contrôle de la loi appliquée au fond

Le contrôle de la loi appliquée au fond du litige est problématique parce que cette loi est déterminée d'après les règles de conflit du juge étranger, auteur de la décision. L'opportunité d'un tel contrôle est discutée. La doctrine pense que dans le conflit de juridiction, le juge n'élabore pas une décision, il accepte ou non une décision étrangère. Mais en droit privé la décision n'est jamais que la réalisation de la règle. La décision tient sa valeur de la règle, c'est de sa conformité à la règle que la décision tient sa valeur. Le juge français (camerounais) n'est pas juge du recours contre la loi étrangère. La bonne réalisation de la règle en droit international privé est la réalisation de la règle de conflit. Selon une autre idée doctrinale, la seule question qui doit être examinée est la compétence indirecte. Cela restreint le contrôle à l'élimination des décisions qui reposent sur des *fors* artificiels. Ce qui est important c'est le contenu de la décision étrangère qui consiste en la compatibilité entre la loi appliquée et la règle de conflit du *for*. Il est peut-être légitime de contrôler la loi appliquée, mais il n'est pas toujours certain qu'il soit opportun de le faire.¹⁵¹

La loi camerounaise de 2007 ne fait pas du contrôle de la compétence de la loi appliquée, une condition de demande d'*exequatur*. A notre sens, un tel contrôle est nécessaire.

Quoi qu'il en soit, on doit indiquer tout de même que le contrôle de la loi appliquée se limite à un contrôle international de cette loi. C'est-à-dire que le juge français (camerounais) contrôle si le juge étranger a appliqué la législation désignée par sa règle de conflit, mais il ne contrôle pas comment le juge étranger a appliqué cette loi.

Lorsque la règle de conflit change, le contrôle de conformité s'effectue au regard de la règle de conflit en vigueur au moment où le juge étranger statue, comme on l'a indiqué l'arrêt *Giroux*¹⁵².

Il arrive que la loi appliquée soit différente de celle désignée par la règle de conflit française. La décision peut être reconnue en France si elle conduit à des résultats équivalents à ceux qui auraient résulté de l'application de la loi désignée par la règle de conflit française. C'est la solution de l'arrêt *Drichemont*¹⁵³ qui a été reprise dans l'accord de coopération judiciaire franco-camerounais. L'article 34 (f) de cet accord dispose :

¹⁴⁹ Il s'agit de l'accord de coopération en matière de justice entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Unie du Cameroun, fait à Yaoundé le 21 févr. 1974. Ce texte contient 63 articles.

¹⁵⁰ Art. 34 d.

¹⁵¹ Sur cette controverse doctrinale, voir J. *Derruppé* et J.-P. *Laborde*, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁵² Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1977, RCDIP, 1978, p. 149, note *Audit*.

¹⁵³ Cass., 29 juillet 1929, *Drichemont*, *Clunet*, 1930, p. 377.

[...] l'exequatur ne peut être refusé pour la seule raison que la juridiction d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable d'après les règles de conflits de l'Etat requis, sauf en ce qui concerne l'état ou la capacité des personnes. Dans ces derniers cas, l'exequatur ne peut être refusé si l'application de la loi désignée par ces règles eût abouti au même résultat.

Il s'agit du recours à la théorie de l'équivalence. Fondée sur le refus du légalisme formel et sur le souci d'apprécier la situation de manière concrète, la théorie de l'équivalence s'apparente à la substitution de motifs.

3 Le contrôle de la non-contrariété à l'ordre public et de l'absence de fraude

L'atteinte à l'ordre public pourra se manifester de deux façons. Dans la procédure, il s'agira par exemple de la méconnaissance des droits essentiels de la défense, ou même du droit d'accès à la justice. Ce dernier point a été relevé en droit français dans l'arrêt *Pordea* :

Le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention, [...] relève de l'ordre public international ; [...] il apparaissait, sans avoir pour autant à réviser les décisions étrangères, que l'importance des frais ainsi mis à la charge de M. PORDEA, dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice.¹⁵⁴

Toutefois, l'absence de motivation du jugement n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public si « des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante » sont produits avec le jugement étranger.¹⁵⁵

Bien plus, dans l'arrêt *Pellegrini*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme énonce, que le juge d'un Etat membre saisi d'une action en *exequatur* doit en toute hypothèse vérifier que la décision étrangère, de quelque pays qu'elle vienne, remplit bien les garanties du droit au procès équitable posé par l'article 6 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme.

Dans le fond de la décision, le juge doit contrôler si la décision soumise à *exequatur* n'est pas incompatible avec un jugement camerounais. L'article 7 alinéa 4 de la loi camerounaise de 2007 indique que la décision camerounaise doit être « définitive ». Peut-on donc interpréter *a contrario* que, pour une décision soumise à *exequatur* et contraire à une décision camerounaise non définitive, le juge doit accorder l'*exequatur* ? Dans la négative, le caractère non définitif de la décision camerounaise serait-il une cause de suspension de la demande en *exequatur* ? Ces questions posent la problématique de la litispendance internationale ; puisqu'il s'agit de l'hypothèse où les juges étranger et camerounais auraient été saisis du même litige dans lequel le juge étranger a été le premier à rendre sa décision dont l'exécution doit avoir lieu au Cameroun. En droit français, à notre connaissance, cette hypothèse n'est pas encore envisagée. La seule certitude pour l'instant est que, si une juridiction étrangère a été préalablement saisie, le juge français ne pourra plus retenir une compétence exclusive fondée sur la nationalité française du demandeur. Le juge devra rechercher si le juge étranger avait des liens caractérisés avec le litige et si sa saisine n'était pas frau-

¹⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999.

¹⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1991, 1^{re} espèce, RCDIP, 1992, p. 516, note *Kessedjian*.

duleuse. Saisie d'une exception de litispendance internationale, la première chambre civile de la Cour de cassation l'a accueillie, en considérant que le tribunal étranger était premier saisi et que le litige se rattachait de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction avait été saisie, en l'espèce l'Etat monégasque¹⁵⁶. Nous pensons que si la décision soumise à la demande d'*exequatur* est contraire à une décision judiciaire camerounaise non définitive, le juge devrait surseoir à statuer, afin de donner à la théorie de l'équivalence, toute sa portée.

Quant à la fraude, dans les arrêts *Munzer et Bachir*, on parle de *fraude à la loi* ; or, c'est plutôt une *fraude au jugement* ; c'est-à-dire d'une manœuvre du demandeur pour saisir un juge autre, afin d'obtenir une décision plus favorable. C'est un aspect du *forum shopping* qui est largement entendu comme une fraude à la juridiction. Concrètement on se demande si le plaideur a ou n'a pas une attache sérieuse avec l'Etat du tribunal saisi ; et en particulier si la décision n'y sera pas appliquée mais sera reconnue dans un Etat que l'on a fuit. On cite généralement comme exemple l'arrêt *Gunzbourg*¹⁵⁷, relatif au divorce d'un New-Yorkais qui saisit spécialement le tribunal de Mexico. La loi camerounaise n'envisage pas la fraude au jugement comme un aspect à vérifier par le juge de l'*exequatur*, mais nous pensons que sur ce point, le recours au droit français devrait être salutaire.

Après ce contrôle, le juge de l'*exequatur* qui est le président du tribunal de première instance, constate le résultat de ses vérifications dans sa décision.¹⁵⁸ L'*exequatur* peut être accordé partiellement, pour l'un ou l'autre seulement des chefs de la décision invoquée.¹⁵⁹ La décision du juge du contentieux de l'exécution ne peut faire l'objet que d'un pourvoi devant la Cour suprême.¹⁶⁰ La décision refusant l'*exequatur* correspond ainsi, dans le cadre camerounais, à une décision rendue en premier et dernier ressort, parce qu'elle est rendue par le juge d'instance. Sa décision est donc directement déférée au juge de cassation sans passer par le juge d'appel qui devrait normalement être l'intermédiaire entre les deux juges. Le souci de célérité peut justifier cette simplification des voies de recours contre l'ordonnance refusant l'*exequatur*. On peut craindre que la navette judiciaire à la Cour suprême ne vienne annihiler ce souci de célérité. Mais là est une autre histoire ...

Conclusion

Au terme de cette étude évaluative de l'avant-projet de code des personnes et de la famille relative à la réception du droit français dans la construction d'une théorie générale de droit international privé, un bilan mitigé peut être dressé. Bien que mitigé, le bilan fait ressortir la part infime du droit coutumier, comparée à l'apport du droit français.

Dans le domaine des conflits de lois, l'option pour une conception extensive du statut personnel aurait dû permettre de traiter des questions portant sur la dot ou encore sur la polygamie, deux institutions emblématiques du droit coutumier camerounais.

¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, RCDIP, 2008, p. 644, note *Muir Watt*.

¹⁵⁷ Cour d'appel de Paris, 18 juin 1964, *De Gunzbourg*, Clunet 1964, p. 810, note *Bredin*.

¹⁵⁸ Art. 8 (1).

¹⁵⁹ Art. 8 (2).

¹⁶⁰ Art. 8 (3).

Si la dot est considérée comme une condition de fond du mariage, on appliquera distributivement les lois nationales. Si elle est plutôt une condition de forme, on appliquera la *lex loci celebrationis*.

Quant à la polygamie, les relations conjugales se multiplient à travers le monde, et les mariages polygamiques posent un certain nombre de problèmes de conflits de lois, qu'il s'agisse de la conclusion desdits mariages ou de leurs effets. Aussi, convient-il d'indiquer une piste presque sûre élaborée par une doctrine qui nous a précédée. Partant de l'insertion de la polygamie dans la catégorie du *for* mariage, et plus précisément dans les conditions de fond du mariage, avec comme conséquence son rattachement à titre principal à la loi personnelle des époux, tout en prenant en considération la pluralité d'épouses caractéristique de la polygamie, l'on aboutit à une solution camerounaise qui peut être schématisée de la manière suivante : la validité d'un second mariage célébré sans dissolution du premier dépend tout d'abord de l'aptitude des deux futurs époux à contracter un mariage polygamique au regard de leur statut personnel ; ensuite, de la détermination de la nature du premier mariage par une application cumulative des lois personnelles des époux parties à ce mariage et, le cas échéant, de la prise en compte de leur volonté.

Le second mariage sera alors tenu pour valable s'il s'avère que le premier mariage était potentiellement polygamique et que les deux parties au second mariage sont aptes à contracter un mariage polygamique en vertu de leur loi personnelle. A défaut, il devrait être considéré comme nul au regard du droit camerounais.¹⁶¹

Après avoir réduit la coutume à une portion congrue, les rédacteurs de l'avant-projet ne sont pas allés très loin dans leur option pour une réception systématique des solutions du droit français en matière de conflits de lois. On a relevé tout au long de la réflexion l'incomplétude de cette réception, tant en ce qui concerne l'élaboration des techniques du raisonnement conflictuel qu'en ce qui concerne l'utilisation de ces techniques.

Dans le domaine des conflits de juridictions, l'ignorance de la coutume est totale. Depuis l'arrêt *Zambo*, la Cour suprême du Cameroun a décidé que « les étrangers ne peuvent comparaître devant les juridictions traditionnelles »¹⁶². Les conflits de coutumes ne peuvent alors se poser qu'entre des camerounais. C'est dans ce sens que le décret de 1969¹⁶³ prévoit des solutions aux conflits de coutumes. Pourtant, le Cameroun,¹⁶⁴ synthèse de l'Afrique, regorge des coutumes qu'on retrouve dans d'autres pays africains. Les coutumes Fang Béti par exemple s'étendent au Gabon et en Guinée Equatoriale. Il s'agit d'un « cousinage juridique »¹⁶⁵ qu'on aurait dû prendre en considération dans l'élaboration d'un « droit commun futur »¹⁶⁶. Rien n'a été pensé

¹⁶¹ B. Djuidje, « La polygamie en droit international privé camerounais », RGD, n° 31, pp. 173-209, p. 209.

¹⁶² C.S. civ., 27 janv. 1977, *Zambo*, RCD, n° 13 et 14, 1977, p. 173, obs. *Pougoue*.

¹⁶³ Cf. art. 3, décret n° 69/DF/544 du 19 déc. 1969 fixant l'organisation judiciaire et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental.

¹⁶⁴ Le Cameroun est « en Afrique Sub-saharienne, l'unique héritier d'une triple colonisation, source virtuelle, dira-t-on, de richesse culturelle et d'ouverture diplomatique, mais surtout source très réelle de problèmes particuliers notamment dans le domaine juridique ». Voir

B. Djuidje, *Pluralisme législatif ...*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁵ B. Djuidje, *Pluralisme législatif ...*, *op. cit.*, pp. 237-259.

¹⁶⁶ B. Djuidje, *Pluralisme législatif ...*, *op. cit.*, p. 438.

dans ce sens, même pas en termes de clause attributive de compétence à une juridiction traditionnelle. Les solutions classiques des conflits de juridictions du droit français ont été purement et simplement reconduites, bien qu'elles doivent être aussi recherchées en dehors du projet de code.

Finalement, comme l'avait si bien observé la doctrine, « codifier est un art difficile »¹⁶⁷ ; en réalité, « les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas »¹⁶⁸. Et si l'on veut en faire, il faudrait toujours avoir à l'esprit ce conseil de *Montesquieu* :

Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une Nation peuvent convenir à une autre [...] Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat, brûlant ou tempéré, au genre de vie du peuple : laboureur, chasseur ou pasteur ; elles doivent se rapporter [...] à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, leur commerce, leurs mœurs, leurs manières [...] C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer. Ces rapports forment ensemble ce que l'on appelle l'Esprit des Lois.¹⁶⁹

¹⁶⁷ F. Terre et A. Outin-Adam, « Codifier est un art difficile (à propos d'un code de commerce) », DS, 1994, chron. p. 99.

¹⁶⁸ J.E.M. Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801.

¹⁶⁹ *Montesquieu*, De l'esprit des lois, Livre I, Chapitre 3, 1748.

*Ine Nnadi**

Women and Discriminatory Laws and Practices in Nigeria – A Critical Assessment

Abstract

The status of women the world over is a cause for concern as women globally experience various forms of discrimination, subjugation and oppression which hinders their effective participation in society. Despite accounting for almost half of the population, the numerical strength of Nigerian women has not affected the age-long inferior status the society bestows on them. Nigerian women in the family as well as the larger society are not protected sufficiently, whilst customary norms and practices inherent in society militate against the freedom and rights of women from birth. Some legal regimes on diverse subjects are in themselves instruments of discrimination against women. A lot of discriminatory laws still abound in the statute books of Nigeria in the different areas of our jurisprudence and heavily weigh against the womenfolk. This is in spite of international instruments dictating otherwise. Several factors have been adduced for the degrading position of women in the Nigerian society most of which can be traced to the patriarchal system prevalent in several cultures in Nigeria. The unfortunate aspect of the discriminatory laws is that, despite the fact that they are in breach of the constitutional guarantee of the right to freedom from discrimination under section 42, and *ipso facto* should be null and void and of no effect, they nevertheless continue to be fully enforced in this country with impunity. This article examines some Nigerian laws, policies and customs that discriminate against women outrightly as well as certain provisions in our laws that particularly affect women and suggests measures to counteract this situation.

1 Introduction

Nigeria is basically a patriarchal society and its customs and cultural practices are for the most part embedded in the patriarchal system it is rooted in. In most societies of the world – Nigeria is no exception – there exist unequal power relations between men and women, and women are discriminated against and inhibited from achieving their goals and aspirations in life. This discrimination has spread to most ambits of society and it is irrespective of the colour, age, class, ethnic background or educational status of a woman.

2 Some laws that discriminate against women

This patriarchal mind-set of society is deeply rooted and becomes manifest in most of the laws passed in Nigeria. Despite the avalanche of international treaties en-

* PhD, Senior Lecturer, Faculty of Law, Imo State University, Owerri, Imo State, Nigeria.

joining Nigeria to eliminate all forms of discrimination against women, it is impossible to find any interlinked law that is devoid of discriminatory provisions against women in one respect or the other. For instance such discriminatory provisions can be found under the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria, Criminal Law, Evidence Law, Police Act, Labour Law, Penal Code, Inheritance Law, Citizenship, Federal Character Commission Establishment Act, immigration policies as well as the Civil Service rules. The following selection of laws and legal documents will illustrate the discriminatory nature of Nigeria's legal system against women.

Discrimination against women is defined by the *United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women* of 1979 (CEDAW), Article 1, as

[a]ny distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

The 1999 Constitution of Nigeria¹ prohibits discrimination on grounds of gender and provides as follows:

- (1) A citizen of Nigeria of a particular community, ethnic group, place of origin, sex, religion or political opinion shall not, by reason only that he is such a person,
 - a) be subjected either expressly by, or in the practical application of, any law in force in Nigeria or any executive action of the government, to disabilities or restrictions to which citizen of Nigeria or other communities ethnic groups places of origin, sex, religions or political opinions are not made subject or,
 - b) be accorded either expressly by, or in the practical application of, any law in force in Nigeria or any such executive or administrative action, any privilege or advantage that is not accorded to citizens of Nigeria of other communities, ethnic groups, places of origin, sex, religions or political opinions.
- (2) No citizen of Nigeria shall be subjected to any disability or deprivation merely by reason of the circumstances of his birth.²

Looking at the provisions of the Constitution one would tend to applaud it, but the same Constitution in its subsection 42 (3) contains a provision which indirectly permits discrimination:

Nothing in subsection (1) of the section shall invalidate any law by reason only that the law imposes restrictions with respect to the appointment of any person to any office under the state or as a member of the armed forces of the federation or a member of the Nigeria police forces or to an office in the service of a body corporate established directly by any law in force in Nigeria.

¹ Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, Cap C23, LFN, 2004 as amended (hereafter referred to as the 1999 Constitution as amended).

² Section 42 (1).

According to the Women's Aid Collective (WACOL),³ this implies that there can be a valid law or policy restraining the appointment of "any" person, for example a woman, to any office in the state or armed forces or even an incorporated company. It is obvious that the provisions of section 42 (1) and (3) are contradictory; one provision cannot prohibit and another one in the same section justify discrimination. In my view, there is a contradiction in terms, as this provision can be used against a woman particularly on grounds of gender. The provisions of section 42 (1)(a), (b), and (2) can be seen as a lip service, especially as the 1999 Nigerian Constitution is embedded in patriarchal linings underlying its existence.

Section 26 of the Constitution provides as follows:

- (1) Subject to the provisions of section 28 of this constitution, a person to whom the provisions of this section apply may be registered as a citizen of Nigeria, if the president is satisfied that
 - a) he is a person of good character;
 - b) he has shown a clear intention of his desire to be domiciled in Nigeria; and
 - c) he has taken the oath of allegiance prescribed in the seventh schedule to this constitution.
- (2) The provisions of this section shall apply to
 - a) any woman who is or has been married to a citizen of Nigeria; and
 - b) every person of full age and capacity born outside Nigeria any of whose grandparents is a citizen of Nigeria.

Section 26 of the Constitution thus explicitly discriminates against women with regard to residency. Whilst the Constitution gives Nigerian men who marry foreign women the right to acquire citizenship for their non-Nigerian wives by mere registration, the same right is not accorded a Nigerian woman who marries a non-Nigerian man, i.e. she cannot legally extend the same right to her foreign husband. This law is obviously discriminatory against Nigerian women and it is against the order of what is prevalent and practiced in "civilized" countries of the world like the United States of America, Great Britain and Canada etc., where, upon the marriage of a citizen of that country and a foreigner, the foreigner (spouse) acquires citizenship status in accordance with the law irrespective of whether it is the man or the woman that is a citizen.

The provisions enumerated above, when examined in the light of section 17 (2)(a) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria which provides that every citizen shall have the equality of rights, obligations, and opportunities before the law, expose the contradictions in the provisions of the Constitution.

The constitution is the supreme law of the land – the *Grundnorm*, going by *Kelsen's* Pure Theory of Law – and any other law that is in conflict with or contradicts the constitution is null and void to the extent of its inconsistency.⁴ Yet several laws in

³ *Women's Aid Collective (WACOL)*, CEDAW and Accountability to Gender Equality in Nigeria. A Shadow Report 2008, Enugu, 2008, p. 19.

⁴ S 1 (1) (3).

their provisions discriminate against women and are operative in Nigeria in flagrant disregard of the constitutional rights of women. One of such laws is the Northern Nigerian Penal Code⁵ which in its section 55 allows a man to beat his wife in “so far as it does not amount to grievous harm.”

The truth is that this section of the Penal Code is not only discriminatory against women but also encourages violence against women. One factor that is significant in section 55 of the Penal Code is that the law sees the relationship between husband and wife as being analogous to that of parent/child, guardian/ward, school master/pupil and master/servant. The position has not changed in any significant way even in the enactment of Penal Laws by Bauchi, Borno, Jigawa and other states of Northern Nigeria.

Another regulation in Nigeria which is discriminatory against women is the police regulation 124,⁶ since it requires an unmarried female police officer desirous of marrying to first apply in writing to the commissioner

[...] requesting permission to marry and giving the name, address and occupation of the person she intends to marry. Permission will be granted if the intended husband is of good character and the woman police officer has served in the force for a period of not less than three years.

It is noteworthy that this provision of the Police Act has no corresponding requirement from male police officers. This is indeed discrimination against the woman, why does she need permission to get married? And why must she disclose the identity of her intended spouse, the more so when he is not in the employ of the police force?

As if the above provision is not discriminatory enough, section 127 of the same Act states that

An unmarried police officer who becomes pregnant shall be discharged from the force, and shall not be re-enlisted except with the approval of the inspector general.

This provision not only discriminates against women but also questions the dignity of the woman and therefore in my opinion conflicts with the constitutional provision on the right to dignity.⁷ The unfortunate thing about these police regulations is the fact that in spite of their obvious discrimination against women, they are still operative laws in Nigeria. In the words of WACOL,⁸

National Laws that are discriminatory are still being enforced without any attempt by the Federal Government towards repeal or amendment.

What is more, the last regulation is contrary to the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), which

⁵ Penal Code Law, Northern Region of Nigeria No. 18 of 1959, coming into operation on 30th September 1960, as amended in 1963; as found in Chapter 89, Laws of Northern Nigeria 1963.

⁶ Police Act, Cap P19, Laws of the Federation of Nigeria, 2004.

⁷ S 4 of the 1999 Constitution as amended.

⁸ WACOL, Status of CEDAW Implementation in Nigeria, A Shadow Report, Enugu, 2004, p. 9.

specifically forbids discrimination on grounds of marital status. It is noteworthy in this context that even though Nigeria has ratified the CEDAW, yet it has not domesticated it into national law and so the CEDAW does not have binding force in Nigeria.

Another example of discrimination on grounds of marital status is the Marriage Act⁹ which allows marriages to be conducted in churches and registries in Nigeria and requires parental consent when one of the parties has not attained the age of 21 years. The mother's consent is only relevant or necessary where (i) the father of the child is dead; (ii) he is unavoidably absent as a result of unsound mind; (iii) he is out of the country.¹⁰

Section 29 (4) of the 1999 Constitution is another discriminatory law against women. That section deems a woman to be of full age upon marriage and this provision lends support to early marriages and contradicts the minimum age requirement set by the Child Rights Act 2003.

Another very serious case of discrimination against women in Nigeria is the Federal Character Commission (Establishment) Act¹¹ which provides that

[a] married woman shall continue to lay claim to her state of origin for the purpose of implementation of the federal character formulae at the National level.

In my opinion making a married woman continue to lay claim to her state of origin for purposes of having federal appointment is preposterous. For all intents and purposes a woman who gets married should be entitled to have benefits of her matrimonial home and not be forced to resort to her maiden home. If laws on federal character are to be selective, why not also provide appointments on grounds of gender and apportion equal quotas between men and women? Why single out married women in particular? This law is very discriminatory and ought to be repealed particularly in the face of the provisions of the constitution providing against discrimination as well as of the CEDAW which frowns against discrimination on the basis of marital status. As a result of several agitations and pressure mounted by non-governmental organisations and different women groups in Nigeria, fortunately, this law is now before the national assembly for review, hopefully it should have the required attention it deserves.

Apart from laws directly discriminating against women, there are certain policies and bureaucratic norms that do so as well without any explicit legal foundation. A woman is usually not allowed to stand as surety for the release of suspects on bail both at police stations and courts, even though there is no law that specifically prohibits women from doing so. The reason adduced for this denial is that a woman is been protected from the consequences of a fortified bond. As A. *Ididapo-Obe* and C. *Nwakwo* rightly observe "this is galling irony that smacks of protecting women by

⁹ Matrimonial Causes Act, Cap M7, Laws of the Federation of Nigeria 2004.

¹⁰ *WACOL*, *op. cit.*, 2004, p. 9.

¹¹ Federal Character Commission (Establishment) Act, Cap F7, Laws of the Federation of Nigeria 2004, Part II, section 2.

taking away their right of equality with men.”¹² One factor that stands out in the area of denial of the right to surety – which is an obvious discriminatory practice whether protective of women or otherwise – is the fact of its unconstitutionality in view of the provisions of section 42 (1) of the 1999 Constitution.

Another unwritten practice which for several years hunted women in Nigeria is the insistence of the Department of Immigration that a married woman must obtain the consent of her husband in writing before she can be issued with an international passport or produce a written approval from the husband if she is travelling with the children or a death certificate where the husband is dead. This discriminatory practice actually has its bearing and arose from the low status accorded to women under customary law, where they are considered to be under men and must do all things with the permission of their husbands, fathers or brothers.

Fortunately this issue was brought to rest in the Port Harcourt case of *Dr. Mrs. Preye Iyalla Amadi v Nigerian Immigration Services*,¹³ where Mrs. Iyalla-Amadi had sought a replacement of her international passport in February 2008 and was told by immigration officials in Port Harcourt that she needed a written permission from her husband first. Apparently irked by this administrative policy that tramples on her right, she headed straight to the court and was not disappointed. The court held the practice to be unconstitutional and gave judgment to the plaintiff. Justice G.K. Olotu, presiding judge of the Federal High Court in his verdict reportedly said that “[t]his kind of policy has no place in 21st century Nigeria.”¹⁴

Discriminatory laws against women are not peculiar to Nigeria, as women suffer discriminatory practices the world over. It is as a result of this that the international community under the auspices of the United Nations has passed several legal regimes to address the issue. Nigeria is a signatory to most of these international instruments aimed at eliminating discrimination against women such as the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.¹⁵ The unfortunate thing about most of these treaties is that, as we mentioned earlier, whilst Nigeria has ratified them, they have not been domesticated and so have no binding force in the country. In Nigeria, a treaty cannot be enforced in the courts unless it has been enacted into law by an act of the national assembly.¹⁶ This point was given judicial attention in *African Reinsurance Corporation v Fantaye*,¹⁷ where (then) J.S.C. Uwais stated that “[t]reaties do not constitute part of the law of the land merely by virtue of their conclusion by a country.” The CEDAW, in spite of its laudable objectives and provisions on the elimination of discrimination against women, is not part of Nigerian law and so does not have any persuasive import in the interpretation of our laws.

¹² A. *Ididapo-Obe* and C. *Nwakwo*, *The Bail Process and Human Rights in Nigeria*, Lagos, 1992, p. 5.

¹³ Unreported, Suit no. FHC/PH/CS/198/2008.

¹⁴ *Supra*.

¹⁵ Both Covenants were adopted by the General Assembly in 1966 by virtue of General Assembly Resolution 2200.

¹⁶ S 12 (1) of the 1999 Constitution.

¹⁷ (1986) 3 NWLR (part 32) 811.

Apart from statutory laws that discriminate against women in Nigeria customary laws and practices also do so in diverse ways. Many existing customary practices continue to relegate women to the background; under several cultures widowhood practices, early marriages, female genital mutilation, female disinheritance and forced marriage are still rampant. Furthermore, there is a gap between statutes and practice. For example on intestacy, customary law applies notwithstanding the fact that the parties have entered into statutory marriage.

What is more, Nigerian customary laws themselves generally heavily weigh against women and their rights of inheritance suffer adversely in the face of entrenched systematic gender discriminatory and oppressive rules. For instance when a man dies intestate, the position and usual practice in most Igbo-speaking states of the Eastern Region of Nigeria is to subject all his estate, both realty and personally to customary laws of intestate succession. Obviously, these customary laws are very discriminatory against women because a widow does not inherit her husband's realty. Even the probate division of the High Court hardly grants a woman letters of administration alone. It must be jointly with the male children of over 21 years or a male relative of the deceased husband.

Again under customary law among the Igbo, when a man dies, his wife is subjected to a series of obnoxious customary rites, including shaving all the hair on her head. In *Theresa Onwo v Nwafor and 12 others*,¹⁸ the court had to decide the legality of the appellant's tradition requiring her as a widow to shave her hair. In that case, Theresa Onwo was required by custom to shave her hair, an act she rejected on the basis of her religion. She went to court to enforce her fundamental rights. The Court of Appeal held that she had a right to do so. This case is significant in our jurisprudence in several respects; it points to the fact that traditional practices can actually be judicially challenged and also to the fact that human rights can be enforced against private individuals.

According to the Civil Liberties Organization of Nigeria

[t]he discriminatory burdens placed on women include those of chastity, of making marriages work at all cost, of fertility and fertility control, and the burden of being "clean and desirable" as symbolized by female circumcision. Others include the burden to prove rape both in the community and in a court of law, to raise "good" children, to mourn their husband to the taste and dictate of his relatives. Compared to men, Nigerian society treats women as little better than beasts of burden [...].¹⁹

The position of the Civil Liberties Organization is apt and sums up the burden borne by the Nigerian woman in all aspects of her life particularly under customary law where her status was taken for granted.

Conclusion

Discrimination against women under Nigerian law takes different forms and shapes despite the plethora of laws as well as international instruments enacted to improve

¹⁸ (1996) 6 NWLR (Pt. 456) 584.

¹⁹ T.U. Akumadu, *Beasts of Burden. A Study of Women's Legal Status and Reproductive Health Rights in Nigeria*, Lagos, 1998.

the status of women in society. Disappointedly, discrimination against women in Nigeria still exists in very large proportions. The truth is that there is still a yearning gap between what is and what ought to be. Indeed, the improvement on the status of women in Nigeria is marginal, as there are large numbers of factors prevalent in the society which are militating against women. As Joy *Ezeilo* observes,

[t]he status of women in Nigeria has been influenced by a number of factors namely: deep rooted cultural and religious beliefs, customs and traditional practices as well as Laws.²⁰

The deep rooted nature of patriarchy in the Nigerian society has also hampered the woman in her struggle to emancipate herself from the shackles of discrimination. Even though the 1999 Constitution of Nigeria prohibits discrimination on grounds of gender, due to patriarchy, customary and religious laws in Nigeria continue to restrict women's rights.

However, it stands to reason that part of the challenge in having discriminatory laws and practices against women still prevalent in Nigeria lies in the non-domestication of international instruments like the CEDAW and other related treaties. These conventions, if domesticated, would hold Nigeria accountable to her obligations under international law.

Moreover, there are political obstacles against women that exacerbate the perpetuation of discriminatory laws against them. In Nigeria, women are politically marginalized, they lack access to power and decision-making positions through which meaningful changes can be realised. Government political appointments hardly favour women. Even the 35 percent affirmative action is not adhered to; what women get have always been tokens. For there to be any significant progress however, women's political participation must be full and not mere tokenism.

Women also suffer socio-cultural obstacles in Nigeria; their social status is still very low as a result of illiteracy, poverty and cultural practices, which treat women as inferior to men – objects rather than subjects of inheritance. According to the traditional, cultural and religious belief that women are lower and subordinate to men, widespread practices involving violence and discrimination against women also tend to perpetuate. Hence, it is suggested that the government should adopt appropriate legislation and actions aimed at modifying discriminatory laws, regulations, customs and practices against women.²¹

²⁰ J. *Ezeilo*, *The Law and Women in Nigeria. Eliminating Discrimination against Women*, Lagos, 1995, p. 4.

²¹ See in particular articles 2 (f) and 16 of CEDAW.

*Célestin Sietchoua Djuitchoko**

La Chambre des Comptes de la Cour Suprême – Nouveau juge administratif au Cameroun

Résumé

Au Cameroun, le monopole traditionnel du juge administratif et du juge de droit commun dans l'application du droit administratif est bien loin. Les besoins de contrôler plus étroitement les finances publiques ont amené le constituant en 1996 à instituer une Chambre des Comptes au sein de la Cour Suprême, chargée de contrôler et de juger les comptes et documents comptables des comptables patents ou de fait. Néanmoins, la Chambre des Comptes qui fonctionne effectivement depuis quatre ans seulement n'est pas restée à l'écart du mouvement qui voudrait que le juge des comptes applique les règles du droit administratif également indispensable à l'exercice de son office en matière des comptes.

Pourtant, cette application des règles du droit administratif par la Chambre des Comptes dérange : la Chambre des Comptes n'est pas au Cameroun un juge administratif spécialisé ; la Chambre Administrative de la Cour Suprême, juge administratif suprême, n'a aucune prise sur elle ; l'office du juge des comptes n'est pas rigoureusement conforme à celui du juge administratif ordinaire. Néanmoins, le cœur à plusieurs voix qui s'impose désormais en droit administratif nécessite un dialogue du juge administratif et du juge des comptes, condition pour que les règles de droit administratif en formation soient acceptées par tous.

Aussi l'exposé des cas d'application des règles du droit administratif par la Chambre des Comptes suggère en retour quelques interrogations sur leur pertinence.

Introduction

L'efficacité d'un ordre juridictionnel ne s'impose pas forcément d'elle-même : la notoriété d'un juge, le caractère que l'on prête à telle ou telle de ses productions, ce sont là des notions relatives, sujettes à fluctuations, à éclipses et à réévaluations en fonction des contextes et des Etats. La destinée de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême est, à ce titre, exemplaire.

La Chambre des Comptes de la Cour Suprême a d'abord été créée à côté de la Chambre Judiciaire et de la Chambre Administrative par l'article 38(1) de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972. L'article 41 lui donne compétence pour « contrôler et statuer sur les comptes publics et ceux des entreprises publiques et parapubliques ». L'institutionnalisation de la Chambre des Comptes se confirme ultérieurement avec la loi n° 2003/005 du 21

* Professeur de Droit Public, Maître de Conférences, Université de Dschang, Cameroun.

avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême.¹

Mais, c'est le deuxième membre de l'article 41 de la Constitution qui, en confiant à la Chambre des Comptes le soin de statuer « souverainement sur les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions inférieures des comptes », la révèle comme une haute juridiction souveraine en matière des comptes. Il est vrai de même que la Chambre Judiciaire, la Chambre Administrative et la Chambre des Comptes sont relativement autonomes l'une de l'autre. C'est une manière pour notre constituant de se démarquer du modèle français qui l'a inspiré et où la Cour des Comptes est une juridiction administrative spécialisée en matière de finances publiques relevant du Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation.² Ainsi pleinement intégré dans l'ordre administratif, situation mal acceptée par certains, le juge des comptes français peut, à partir de cette position, contribuer à l'élaboration du droit administratif.³ Mais, ce refus apparent du constituant camerounais d'aller jusqu'au bout de la logique du modèle a une contrepartie : l'œuvre de la Chambre des Comptes en matière administrative, difficile à se dessiner, contraste avec ses activités relatives au contrôle et au jugement des comptes actuellement portées au devant de la scène. Fait intéressant dans la loi du 21 avril 2003, on ne remarque aucune disposition qui confère compétence au juge des comptes en matière administrative. Il n'y a pas davantage de textes spécifiques attributifs de compétence à la Chambre des Comptes en matière administrative. Néanmoins, ni le constituant, ni le législateur n'interdisent à la Chambre des Comptes de se prononcer sur les règles régissant l'administration. Même si elle est figée dans les textes au contrôle et au jugement des comptes, la Chambre des Comptes s'autorise souvent des incursions sur le terrain du droit administratif et ceci pour deux raisons essentielles : d'une part, l'action administrative est comme on le sait largement tributaire des finances publiques ; d'autre part, l'exploration des règles du droit administratif permet au juge des comptes de mieux aborder le contrôle et le jugement des comptes. Au reste, comme l'a établi une étude récente, notre juge des comptes national s'est expressément approprié les formalités substantielles du juge administratif,⁴ preuve sans doute de son immersion relative dans le droit administratif.

Lorsqu'elle a eu à se pencher pour la première fois sur les règles de droit administratif, il y a seulement quatre ans que la Chambre des Comptes est effectivement en service.⁵ Cependant, cette très jeune juridiction a derrière elle l'expérience d'une jurisprudence lourde de la Chambre Administrative, sa devancière, en matière admi-

¹ Sur l'analyse de ce texte et sa portée pratique, voir Célestin *Sietchoua Djuitchoko*, « La réforme inachevée du contrôle juridictionnel des comptes au Cameroun », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n° 1, 2004, pp. 70-118.

² Jean Marie *Auby* et Roland *Drago*, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^e éd., Paris, 1984, pp. 312-314.

³ Stéphanie *Damarey*, *Le juge financier, juge administratif*, Paris, 2001.

⁴ Voir en ce sens Guilpin *Mophu Kouossu*, *Les formalités substantielles dans la jurisprudence de droit public au Cameroun*, Thèse de Master, Université de Dschang, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, 2010-2011, pp. 97-148.

⁵ Les premiers arrêts de la Chambre des Comptes datent de 2009. Voir en ce sens Célestin *Sietchoua Djuitchoko*, Note sous Cour Suprême, Chambre des Comptes, 3^e Section, Arrêt du 18 févr. 2009, Compte de gestion de l'Université de Dschang (UDs), Exercice 2004, *Juridis Périodique*, n° 84, 2010, pp. 73-86.

nistrative. Si elle n'invoque presque jamais la jurisprudence administrative, on ne peut nier que celle-ci l'inspire. Par ailleurs, nous retirons nombre d'enseignements d'instruments épars tels que les *Rapports d'observations*, les *Rapports annuels*, les arrêts provisoires et définitifs de la Chambre des Comptes ; bref, l'ensemble de l'œuvre du juge des comptes est à ce jour caractérisée par une relative ampleur et une diversité de genre.

Cette connaissance de l'œuvre de la Chambre des Comptes particulièrement sûre doit être mise à profit pour aborder les cas d'application du droit administratif par le juge des comptes. Mais, l'apport de la Chambre des Comptes ne dépasse que rarement l'application du droit administratif ; il ne concerne pas (ou il concerne peu) la création des règles du droit administratif : tout ceci nous rappelle le déclin contemporain du droit administratif jurisprudentiel qui n'épargne pas le juge administratif lui-même. Bornons-nous, par conséquent, à une analyse des cas d'application du droit administratif par la Chambre des Comptes. Ainsi caractérisée, la situation, solidaire de l'ensemble de l'œuvre et qui rassemble les principaux aspects du droit administratif appliqués à la Chambre des Comptes, nous suggère en retour quelques interrogations sur leur pertinence. Il s'agit de regrouper les cas d'application des règles du droit administratif (I) pour mieux questionner leur pertinence (II).

I. Les diverses applications du droit administratif en question

Pour s'y trouver dans la production de la Chambre des Comptes – juridiction de droit public qui n'a jamais fait du droit administratif un objectif et pour laquelle l'emploi des règles, notion et concepts de droit administratif se révèle néanmoins nécessaire – une mise en tableau s'avère indispensable. Les règles du droit administratif général trouvent sans doute application dans l'action administrative et le contrôle de l'administration. Encore incomplète, la production de la Chambre des Comptes en la matière est faible et l'application du droit administratif circonscrite à certains aspects de l'action administrative ne s'étend pas encore au contrôle de l'administration. Les menées du juge des comptes hors de ce cadre n'ont porté que sur le droit de la fonction publique. Aussi bien à l'heure actuelle, les applications du droit administratif sont-elles perceptibles au double point de vue de l'action administrative (A) et du droit de la fonction publique (B).

A. Application relative à l'action administrative

Un rapide examen de la production de la Chambre des Comptes dans l'action administrative nous permet de préciser les cas d'application des règles concernant les établissements publics industriels et commerciaux (1) et les indications fournies par la Cour sur les règles concernant les actes administratifs (2).

1. Précisions sur les règles régissant les établissements publics industriels et commerciaux

A l'opposé des établissements publics administratifs, lesquels sont au sens de la loi des personnes morales dotées de l'autonomie financière et de la personnalité juridique ayant reçu de l'Etat ou d'une collectivité territoriale décentralisée un patrimoine d'affectation en vue de réaliser une mission d'intérêt général ou d'assumer

une obligation de service public,⁶ les établissements publics industriels et commerciaux ont connu une mutation importante au Cameroun en conséquence de l'ordonnance n° 95/003 du 17 août 1995 portant statut général des entreprises du secteur public modifiée et complétée par la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public. En effet, la loi du 22 décembre 1999 a conservé la catégorie des établissements publics administratifs et éclaté l'ancienne catégorie des établissements publics industriels et commerciaux en deux sous-catégories : d'une part, les sociétés à capital public, entendues comme étant des personnes morales de droit privé dotées de l'autonomie financière et d'un capital action intégralement détenu par l'Etat, une ou plusieurs collectivités décentralisées ou une ou plusieurs sociétés à capital public en vue de l'exécution dans l'intérêt général d'activités présentant un caractère industriel, commercial ou financier,⁷ et d'autre part, les sociétés d'économie mixte définies par le législateur comme des personnes morales de droit privé dotées de l'autonomie financière et d'un capital action détenu partiellement d'une part, par l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées ou les sociétés à capital public, et, d'autre part, par les personnes morales ou physiques de droit privé.⁸

A la date de modification du statut général des entreprises du secteur public et parapublic en 1999, l'acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général était en vigueur tout comme l'acte uniforme OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ces textes avaient été ultérieurement complétés, en ce qui concerne les comptabilités des entreprises, par l'acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises.⁹

Le problème de la détermination des règles applicables aux établissements publics industriels et commerciaux est venu du choix du Cameroun, Etat partie au traité OHADA, de légiférer à nouveau sur cette matière sachant qu'elle relevait déjà du droit OHADA. Mais, lorsqu'un Etat persiste à légiférer sur un objet qui est passé dans le droit communautaire, on ne peut pas se contenter d'alléguer la violation du droit communautaire au motif de l'abrogation d'office de la loi n° 99/016 par les actes uniformes. Comme l'a justement montré Paul Gérard *Pougoue*, aussi longtemps que la loi nationale se borne à apporter des compléments sans déroger aux dispositions du droit OHADA pour prendre en considération des points spécifiques tenant à l'origine publique d'une fraction au moins du capital social des sociétés d'Etat, le législateur ne méconnaît pas le droit OHADA.¹⁰ On sent d'instinct qu'il eut fallu déterminer si la loi de 1999 complétait le droit OHADA ou si au contraire elle y dérogeait. Le législateur ne s'est guère préoccupée de ce problème tout comme le juge des comptes.

⁶ Article 2(3) de la loi n° 99/016 du 22 déc. 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic.

⁷ Article 2(5).

⁸ Article 2(6).

⁹ Sur l'ensemble de ces textes et leur commentaire, voir OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2^e éd., 2002.

¹⁰ Paul Gérard *Pougoue*, « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis Périodique*, n° 65, 2006, p. 100.

Cependant, opter pour la loi nationale ou la loi communautaire emportait pour l'Etat la mise en conformité des établissements publics industriels et commerciaux aux règles de constitution, de fonctionnement et de contrôle prévues dans ces normes. Il est difficile de se prononcer dans la mesure où l'Etat n'avait pas, jusqu'en 2007 au moment où la Chambre des Comptes se saisissait de la question, entrepris la moindre application de ces textes.

A cet égard, la Chambre des Comptes a indiqué dans son *Rapport 2007* que les règles de constitution, fonctionnement et contrôle des établissements publics industriels et commerciaux relèvent de la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 et, situation nouvelle, de divers actes uniformes OHADA, notamment l'acte uniforme OHADA sur le droit commercial général, l'acte uniforme OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et l'acte uniforme OHADA portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises.¹¹

N'ignorant pas l'effet abrogatoire des actes uniformes dès leur émission, la Cour a néanmoins eu cette explication sur le maintien de la loi du 22 décembre 1999 dans notre ordonnancement juridique en faisant remarquer que ses « dispositions étaient elles-mêmes déjà largement inspirées du droit OHADA [...] ».

La référence au droit OHADA dans le *Rapport 2007* de la Chambre des Comptes ne consacre rien de moins que la percée récente du droit OHADA dans le droit administratif applicable aux établissements publics industriels et commerciaux. Le *Rapport 2007*, bien qu'approximatif par ses hésitations à se prononcer en faveur de l'application exclusive des actes uniformes OHADA aux sociétés à capital public et aux sociétés d'économie mixte, constitue la référence pour tous ceux qui sont en quête du droit applicable aux établissements publics au Cameroun.

Cette remise en bonne place de la Chambre des Comptes est marquée également par les indications qu'elle a données au sujet des actes administratifs.

2. Indications sur les actes administratifs

Première intervention de la Chambre des Comptes sur le terrain des actes administratifs unilatéraux, l'arrêt du 18 février 2009, *Compte de gestion de l'Université de Dschang* (UDs), *Exercice 2004*¹² expose de façon très nette le contrôle des formalités de l'acte administratif. Au sujet de la circulaire réglementaire du Recteur de l'Université de Dschang n° D45/0410/R du 19 janvier 2003 fixant le taux d'aides à accorder éventuellement en cas de maladie au personnel de l'institution, la 3^e Section de la Chambre des Comptes a jugé que la légalité de ce texte était subordonnée à l'approbation préalable du Conseil d'Administration de l'Université en vertu de l'article 41(2) du décret du 19 janvier 1993 portant organisation administrative et académique de l'Université de Dschang. Elle a refusé de reconnaître la validité de la circulaire du Recteur non avalisée par le Conseil d'Université au motif que « la con-

¹¹ La Cour prend clairement position dans l'article « La mise en conformité des entreprises du secteur public et parapublic avec la loi n° 99/016 du 22 décembre 1996 et le droit OHADA », dans *Rapport annuel 2007*, 2^e partie.

¹² Revoir Célestin *Sietchoua Djuitchoko*, Note sous CSC/CDC/S3 du 18 févr. 2009, *Compte de gestion de l'Université de Dschang* (UDs), *Exercice 2004*, *Juridis Périodique*, n° 84, précité, p. 80.

sultation préalable du Conseil d'administration avant signature de ce texte constitue une formalité substantielle dont l'inobservation met en cause la légalité de celui-ci ».

Cet arrêt a permis d'étendre les formalités des actes administratifs des Universités du registre des actes administratifs affectant la carrière des enseignants dans laquelle la jurisprudence administrative traditionnelle semblait les cantonner¹³ à celui des formalités des actes réglementaires à incidence financière.

Cette connaissance du contrôle des formalités des actes administratifs unilatéraux doit être mise à profit pour aborder un cas relatif à la date de l'acte administratif mis en exergue dans l'arrêt de la Chambre des Comptes, *Compte de gestion de la Commune Rurale de NDOP, Exercice 2004*.¹⁴ S'agissant des mandats de paiement émis par l'ordonnateur et considérés comme des actes administratifs unilatéraux, la 2^e Section de la Chambre des Comptes décide, aux fins de leur régularité formelle, qu'ils doivent comporter trois dates : la date d'établissement, celle du traitement et celle du paiement. Pour la 2^e Section, l'intérêt à distinguer les dates des mandats de paiement est de situer avec exactitude l'engagement et le paiement de la dépense publique dans le temps. Dans le même arrêt, la Cour précise qu'un mandat émis au titre d'un exercice mais non daté n'étant pas nul en principe, peut être pris en charge et payé au cours de l'exercice. Affirmant que la mention de la date est facultative, cette solution entre, à n'en point douter, dans la conception couramment admise en droit administratif selon laquelle la mention de la date n'est pas une condition de régularité d'un acte administratif. Mais il faut être attentif à d'autres décisions que nous découvrirons plus loin dans lesquelles la Chambre des Comptes, en manifestant plus de sensibilité à cette question, décide au contraire que la date doit être considérée comme une formalité obligatoire de l'acte. On ne voit pas très bien comment ces deux aspects se fondent dans un tout homogène. Pourtant, ce ne devait pas être les seules décisions toute en nuance dans la carrière de la jeune juridiction des comptes.

Avec l'arrêt *Compte de gestion de la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale (CNPS), Exercices 2004 et 2005*,¹⁵ la Chambre des Comptes fait un tour complet des actes administratifs en abordant les marchés publics qui constituent au Cameroun une variante des contrats administratifs : un marché de 21 894 215 FCFA a été payé irrégulièrement par le comptable de la CNPS en l'absence d'une lettre commande telle que prévue par le décret n° 2004/245 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics. Se fondant sur l'article 5 du décret de 2004 d'après lequel « la lettre commande est un marché public dont le montant est au moins égal à 5 (cinq) millions et inférieur à 30 (trente) millions de francs CFA », la 3^e Section a indiqué que les contractants devaient être mis en concurrence en l'espèce conformément à

¹³ On mentionnera, à titre non indicatif, le jugement n° 50/CS-CA du 07 avril 1983, *Akoa Dominique c/Université de Yaoundé* ; le jugement n° 106/02-03, CS-CA du 27 août 2003, *Sobgui Gabriel Alexis c/Etat du Cameroun (MESIRES) et Université de Yaoundé*, *Juridis Périodique* n° 77, 2009, pp. 56-57 ; l'arrêt n° 01/A, CS-AP, 25 févr. 1999, *Guiffo Jean Philippe c/Etat du Cameroun (MINEDUC)*, *Juridis Périodique* n° 65, 2006, pp. 39-49 ; et le jugement n° 254/2011, CA-CS du 02 nov. 2011, *Kamto Maurice c/Université de Yaoundé*.

¹⁴ Arrêt n° 01/P/CSC/CDC/S2 du 05 juin 2008.

¹⁵ Arrêt n° 15/AP/S3 du 07 juillet 2010, *Compte de gestion de la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale (CNPS), Exercices 2004 et 2005*.

l'article 7(1) qui dispose : « Les marchés publics sont passés après mise en concurrence des contractants potentiels de l'Administration sur appel d'offres ». En l'absence de justificatifs de la lettre commande et de documents du procès verbal de l'appel à concurrence pour la réalisation de la prestation, la Cour en a déduit que les conditions de passation du marché n'étaient pas réunies et par voie de conséquence que le marché était irrégulier.

Inaugurée par l'arrêt du 15 mai 2008, *Compte de la trésorerie générale du Sud, Exercice 2004*,¹⁶ la solution retenue dans l'arrêt *Compte de gestion de la Caisse Nationale de la Prévoyance Sociale* poursuit et précise, à notre connaissance, à un niveau jamais réalisé,¹⁷ l'application tant du décret de 2004 que de la circulaire du ministre des finances sur les conditions essentielles des marchés publics sur le point de savoir quel est le seuil financier où un marché public ne requiert pas la mise en concurrence et à partir de quel seuil l'appel d'offre est au contraire obligatoire.

Cette variation d'approche de l'action administrative est de nature à diversifier les cas d'application du droit administratif par la Chambre des Comptes. Cette entreprise qui se limite pour le moment au droit de la fonction publique, garde pour nous le mérite de nous informer sur les possibilités réelles de la Chambre des Comptes en la matière.

B. Application dans le droit de la fonction publique

Manifeste dans deux domaines très différents du droit de la fonction publique, cette application se traduit par la consécration des conditions de régularité des ordres de mission des fonctionnaires d'une part (1), et d'autre part la détermination de la régularité du détachement d'un agent relevant du code de travail employé dans les services généraux dans une société d'Etat (2).

1. Consécration des conditions de régularité des ordres de mission des fonctionnaires

Les frais de déplacement figurent traditionnellement au titre des avantages matériels des fonctionnaires.¹⁸ Dans la présentation classique axée sur la distinction entre le déplacement définitif et le déplacement temporaire donnant normalement lieu à l'établissement d'un ordre de mission au bénéfice du fonctionnaire, il faut cependant souligner l'omission des déplacements des militaires, laquelle ne permettrait pas d'en saisir l'étendue en réduisant artificiellement la réalité aux déplacements des fonctionnaires civils. Presque limité à la description des déplacements, l'ordre de mission ainsi coupé des contraintes de l'analyse juridique ferait croire que son enjeu est exclusivement pécuniaire. Cette simple indication sert de justification à la juris-

¹⁶ Arrêt n° 03/CSC/CDC/S1 du 15 mai 2008.

¹⁷ Si l'on songe du moins aux décisions les plus significatives du juge administratif en la matière. On se réfère ici à l'arrêt n° 327/CCA du 10 décembre 1954, *CFAO c/Administration du Territoire* ; au jugement n° 50, CS-CA du 1 févr. 1985, *AMSECOM-AMSECONCOM c/Etat du Cameroun* ; au jugement n° 139/04-05, CS-CA du 27 juillet 2005, *Société SOTRACOME c/Etat du Cameroun (METPS)*, *Juridis Périodique* n° 77, 2009, pp. 52-53 ; et au jugement ADD n° 147/04-05, CS-CA du 31 août 1985, *Um Ntjam François c/Etat du Cameroun*.

¹⁸ Sur cette analyse voir par exemple Joseph Owona, *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, 1985, pp. 77-78.

prudence en formation de la Chambre des Comptes qui est venue opportunément combler un vide sur les conditions de régularité des ordres de mission des fonctionnaires et agents de l'Etat.

Deux arrêts de la 1^{re} Section de la Chambre des Comptes rendus en 2008 répondent parfaitement à cette question :

L'un précise que pour être valable, un ordre de mission doit être signé par l'autorité administrative compétente. Au surplus, il doit être daté et porter la mention du lieu d'émission ainsi que le nom du bénéficiaire. Dans cet arrêt, le juge des comptes s'élève contre les ordres de mission qui n'ont pas été signés soit au départ soit à l'arrivée ou au retour de la mission en considérant que la signature des feuilles de mission constitue une formalité inconditionnelle de leur validité juridique.¹⁹ Tout aussi importante dans cette décision, la formalité du nom reçoit un traitement énergique. La Chambre des Comptes considère que le paiement d'un ordre de mission doit être suspendu dès lors qu'il y a omission, erreur matérielle, irrégularité dans l'établissement du titre lui-même en ce que celui-ci ne comporte pas la mention du nom du bénéficiaire.

Le second impose l'exactitude des décomptes des jours de missions effectués, condition nécessaire à leur paiement.²⁰ En effet, conformément au décret n° 2000/693/PM du 13 septembre 2000 fixant le régime des déplacements des agents publics civils et les modalités de prise en charge des frais y afférents, les charges financières des missions sont décomptées après leur accomplissement et en tenant compte de leur durée effective. Aussi, la Cour tient-elle pour illégale l'établissement des frais de mission supérieurs à la durée effective de celle-ci.

Un autre apport, essentiel, révélé par la Chambre des Comptes peut être rattaché au droit de la fonction publique : il s'agit d'une contribution à la détermination de la régularité du détachement d'un agent de l'Etat relevant du code de travail dans une société d'Etat.

2. Détermination de la régularité du détachement d'un agent relevant du code de travail dans une société d'Etat

L'un des tout premiers *Rapports* d'observations définitives sur le contrôle des comptes d'une société d'Etat publié par la Chambre des Comptes paraît en 2009. Dans ce *Rapport d'observations définitives sur le contrôle des comptes de la Société de Recouvrement des Créances du Cameroun (SRC), Exercices 2004 et 2005*, la Chambre des Comptes procède à un examen approfondi des statuts, patrimoine, personnels et de la gestion de la SRC sur la période sous revue.²¹ Une analyse sommaire nous permet de déterminer ce qui relève du droit de la fonction publique dans ce *Rapport* : l'attention de la Chambre des Comptes s'était portée notamment sur la situation administrative de M. B.N., agent de l'Etat relevant du code de travail en service au ministère de l'économie et des finances nommé en 2002 comptable matières par intérim auprès de la SRC par acte du Directeur de la comptabilité matières au ministère.

¹⁹ Arrêt n° 03/CSC/CDC/S1 du 15 mai 2008, Circonscription financière de l'Est, Exercice 2004.

²⁰ Arrêt Circonscription financière de l'Est, Exercice 2004, précité.

²¹ On trouve une présentation synthétique dans le Rapport annuel 2009, pp. 51-64.

La tension était palpable dans la confrontation entre la Chambre des Comptes et la SRC. La Cour s'était interrogée précisément sur la rupture du contrat de B.N. avec l'administration et sa mise en position de détachement à la SRC. En définitive, il était apparu à la Cour que B.N. n'avait ni rompu son contrat de travail avec l'administration, ni n'était mis formellement en position de détachement à la SRC. Mais, avec l'intégration effective de B.N. dans les effectifs de la SRC et le paiement d'un salaire à l'intéressé, pendant 24 mois de la période sous revue, étaient déjà orchestrés les éléments qui allaient orienter le contrôle de la Chambre des Comptes.

Invitée par la Chambre des Comptes à se justifier, la SRC donne des précisions, à vrai dire, confuses. Elle fit savoir dans sa réplique que

[...] cette affirmation est non seulement sans base juridique mais aussi surprenante venant de la Chambre des Comptes. De même, dans le cas des personnels des services dits précaires mis à la disposition des organismes publics et parapublics, il est péremptoire que le personnel qui continue à percevoir son salaire de la fonction publique doit recevoir de l'organisme d'accueil un complément de salaire pour être au même niveau que le personnel de maison. Il perçoit en outre des primes. De ce qui précède, il est évident que la situation de B.N., contrairement aux analyses de l'observation de la Chambre des Comptes, est belle et bien celle d'un fonctionnaire temporairement placé hors de son poste de travail pour servir auprès d'un employeur autre que l'Etat et disposant d'un budget autonome [...].

La Chambre des Comptes maintint au contraire son avis en choisissant d'aborder la question à la lumière du décret n° 94/199 du 7 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique modifié et complété par le décret n° 2000/287 du 12 octobre 2000, dont l'article 10(1.c) a exclu de son champ d'application « les agents de l'Etat relevant du code de travail ». De ce fait,

Monsieur B.N., cadre contractuel, comme stipulé dans la note de service le désignant comptable matières par intérim à la SRC, ne saurait être régi par les dispositions de ce statut. Ses relations de travail sont gouvernées par la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant code de travail.

En outre, l'article 71 précise la nature de l'acte prononçant le détachement : il s'agit en l'occurrence d'un « arrêté du ministre en charge de l'administration d'origine du fonctionnaire concerné, après accord de l'organisme d'accueil. Le ministre de la fonction publique et le cas échéant le ministre utilisateur en sont informés ».

Mais, il est de fait que les autorités administratives tentent souvent de contourner cette disposition par un usage de ce que R. *Nlep* appelait « les procédures parallèles » : daignant le détachement prescrit par la loi, ces autorités préfèrent « le détachement spécial », notion forgée de toute pièce par l'administration pour justifier *a posteriori* cette pratique dénuée de toute légalité.²² Aussi ne doit-on pas être surpris que M. B.N. ait été précisément détaché auprès de la SRC par une note de service du Directeur de la comptabilité matières ! Toutefois, certaines autorités vouent un respect à la loi. C'est ainsi qu'en rejetant la demande de bénéfice d'un complément de

²² Note Roger Gabriel *Nlep* sous jugement n° 07/88-89, CS-CA du 27 oct. 1988, *Compagnie Forestière Sangha Oubangui c/Etat du Cameroun*, Revue Juridique Africaine n°s 2 et 3, 1991, pp. 138-140.

rémunération des comptables matières en poste à la SRC introduite par le Directeur de la comptabilité matières, le ministre de l'économie et des finances, utilisateur de ces comptables matières, avait tenu à se démarquer de son délégataire auteur de la demande en refusant expressément de prendre l'arrêté mettant B.N. et ses pairs en position de détachement à la SRC.

Tous ces traits de l'affaire que nous venons d'évoquer sont propres à attirer et à frapper l'attention sur les possibilités réelles de détachements dans la fonction publique. Tout autant que le législateur et le juge administratif, la Chambre des Comptes n'admet de détachement que celui de fonctionnaires. De son côté, le décret n° 78/484 du 9 novembre 1978 fixant les dispositions communes applicables aux agents de l'Etat relevant du code du travail modifié par le décret n° 82/100 du 3 mars 1982 n'avaient pas prévu le détachement des agents non statutaires employés dans l'administration dans les entreprises d'Etat. *Le Rapport d'observations définitives sur le contrôle des comptes de la Société de Recouvrement des créances du Cameroun (SRC)* vient à point pour nous instruire sur l'existence de cette réalité : dans le silence des textes, l'administration opère le plus souvent dans la pratique le détachement des agents non statutaires pour servir dans les établissements publics. La Chambre des Comptes ne récuse pas de tels détachements, elle exige, sans en indiquer les conditions, qu'ils soient réguliers.

Or, dans un jugement du 26 avril 1984, *RIKAM ANWAE AMADOU c/Etat du Cameroun*, la Chambre Administrative avait déjà traité la situation des agents des services généraux relevant du code du travail, à ce titre soumis au droit privé,²³ en indiquant qu'en raison de la nature de leurs fonctions certains peuvent se voir appliquer exceptionnellement un régime de droit public. On s'aperçoit bien vite que le détachement des agents non statutaires est possible à cette condition et qu'il suffit pour cela que l'administration se conforme aux dispositions du statut général de la fonction publique sur le détachement.

Il est donc nécessaire, pour compléter l'ébauche de détachements des fonctionnaires esquissée par R. Gabriel *Nlep* – le détachement général et le détachement spécial – d'y intégrer le détachement des agents non statutaires.

En définitive, si l'affaire B.N. exposée dans le *Rapport d'observations définitives* peut être considérée comme ayant réalisé un progrès dans la conception du détachement, il ne faut pas en surestimer l'importance ; bien plus révélatrice est l'hésitation du juge des comptes sur la solution idoine et qui suscite des interrogations sur la pertinence du droit administratif en formation.

II. Les interrogations sur la pertinence du droit administratif en formation

Il n'était pas donné à l'origine à la Chambre des Comptes de dire le droit administratif, et pourtant dans son fonctionnement quotidien elle applique les règles du droit administratif. Exposé par une jeune juridiction qui cherche encore ses marques, ce droit administratif qui n'emprunte pas les sentiers connus et reconnus pourrait sembler suspect à beaucoup par le fait d'une autorité mal assurée. Se pose aussi le problème de la cohérence du droit administratif en formation avec celui de la Chambre

²³ Voir par exemple jugement de la CS-CA du 29 déc. 1964, *Messina Eboué Félix c/Etat du Cameroun* et jugement de la CS-CA du 02 févr. 1971, *Bessala Léonard c/Etat du Cameroun*.

Administrative, « tuteur naturel » du droit administratif. Si le juge financier marche sur les traces de la Chambre Administrative, cela ne pose *a priori* aucune difficulté. Que va-t-il se passer si la Chambre des Comptes venait à s'écarter de la jurisprudence administrative traditionnelle ? Il convient donc de rechercher les raisons pour lesquelles les interrogations sur la pertinence du droit administratif en formation vont se poser (A) avant d'indiquer les solutions pour les surmonter (B).

A. Raisons d'être des interrogations

A cause de la présence de certains éléments étrangers au droit administratif (1), la pertinence du droit administratif en formation sera questionnée, car ce n'est pas sous leur prisme que l'application des règles de droit administratif est traditionnellement envisagée. Les interrogations naissent aussi de l'absence de tout contrôle externe des décisions de la Chambre des Comptes (2).

1. Présence de certains éléments étrangers au droit administratif

Pour saisir pleinement le mécanisme, l'on ne peut recourir qu'à des éléments méthodologiques et se souvenir tout d'abord que le juge administratif applique les règles de droit administratif en annulant un acte administratif pour excès de pouvoir ou en condamnant l'administration à des dommages et intérêts. Annuler un acte administratif pour excès de pouvoir et engager la responsabilité de l'administration est sans doute nécessaire au juge administratif pour parvenir à la finalité première de la justice administrative : la protection des droits et libertés. La décision, illustrée généralement par « l'arrêt », va dans le même sens : l'application des règles de droit administratif aux litiges administratifs est sanctionnée par un arrêt revêtu en principe de l'autorité de la chose jugée. A force de fréquenter l'univers du juge administratif, les administrativistes ne se rendent plus compte de ce cheminement nécessaire, mais c'est bien ainsi que le processus se déroule.

En scrutant les détails des instruments en usage à la Chambre des Comptes, on relève des différences déconcertantes qui nuisent à la mise en perspective de son droit administratif : le juge des comptes ne tranche pas un litige entre l'administration et les administrés ; plus exactement, il « contrôle et juge les comptes ou les documents en tenant lieu des comptables publics patents ou de fait »²⁴ ; il n'a pas la possibilité d'annuler les comptes irréguliers : soit il engage la responsabilité de l'agent comptable en conséquence, soit il renvoie le compte irrégulier au comptable pour régularisation.²⁵ Conditions, imputation et réparation font également apparaître des divergences dans le régime de la responsabilité administrative et celui de la responsabilité des comptables. Ne pouvant annuler les comptes irréguliers, le juge des comptes exerce un contrôle de légalité des actes des gestionnaires qu'il n'annule pas davantage mais au contraire se contente d'en tirer les conséquences juridiques. Pour compliquer un peu plus la tâche, les décisions du juge des comptes sont éclatées dans les arrêts provisoires, définitifs et les Rapports de contrôle.

Ces détails nous montrent à quelle juxtaposition d'éléments parfois fortuits, est exprimé les règles du droit administratif à la Chambre des Comptes. Ils offrent parallèlement une particularité, la référence à de telles règles n'est pas généralisante

²⁴ Article 2(1) de la loi n° 2003/005 du 21 avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême.

²⁵ Voir Rapport annuel de la Chambre des Comptes 2007.

comme c'est le cas lorsqu'il s'agit des règles de la gestion comptable. Nous retrouvons dans certains aspects actuels de l'œuvre du juge des comptes l'exposition des règles de droit administratif tout juste nécessaires pour les besoins de son propre office en matière des comptes. Le recours aux règles de droit administratif ne vient pas comme une conclusion pour éclairer les relations des sujets du droit administratif en conflit, mais comme une nécessité interne au juge des comptes dont il s'agit de revendiquer l'application de certaines règles pour asseoir sa compétence (les établissements publics), d'approfondir certaines notions (la notion de détachement) et de reprendre certaines règles de forme classique qu'il contribue à enrichir (les formalités de l'acte administratif), etc. Aussi bien, l'inscription du juge des comptes en dehors des sentiers traditionnels du droit administratif ramène l'œuvre accompli à une perception difficile qui va sans doute accentuer dans l'esprit de beaucoup le problème de la légitimité de celle-ci.

A l'absence d'éléments essentiels à la création par voie jurisprudentielle des règles de droit administratif s'ajoute l'inexistence d'un contrôle externe des décisions du juge des comptes qui contribue à brouiller la perception et l'intérêt du droit administratif en construction.

2. Inexistence d'un contrôle externe des décisions du juge des comptes

Ce qui caractérise aussi les décisions de la Chambre des Comptes, c'est l'inexistence d'un contrôle externe de celles-ci. On peut distinguer deux hypothèses.

Dans la première hypothèse, les décisions de la Chambre des Comptes ne sont pas susceptibles de recours en cassation devant la Chambre Administrative : d'où le risque de dé-légitimation en raison du défaut du contrôle de la juridiction administrative suprême sur les décisions de la Chambre des Comptes. En effet, il se trouve qu'au moment de la mise en place du dispositif juridictionnel actuel à la faveur de la loi constitutionnelle de 1996, la Chambre des Comptes avait été érigée en une juridiction quasi souveraine placée au sommet de l'ordre juridictionnel des comptes, et à ce titre chargée de statuer sur les pourvois en cassation contre les arrêts des juridictions inférieures en matière des comptes. Juge administratif suprême, la Chambre Administrative de la Cour Suprême n'est pas admise à contrôler les décisions de la Chambre des Comptes. On l'a précédemment vu, au Cameroun, la Chambre des Comptes n'est pas un juge administratif spécialisé : il n'existe par conséquent aucun pourvoi devant la Chambre Administrative contre les décisions du juge des comptes. Dans l'esprit du constituant, le juge des comptes est autonome et distinct du juge administratif. Interdisant le contrôle externe des décisions du juge des comptes par le juge administratif, cette autonomie fait peser une lourde hypothèque sur le droit administratif en formation à la Chambre des Comptes : le droit administratif de la Chambre des Comptes est précisément privé de l'onction du juge naturel suprême de l'administration qu'est la Chambre Administrative.

Cependant, la portée attribuée au contrôle externe des décisions du juge des comptes doit être exactement évaluée, car elle ne correspond pas rigoureusement à l'idée que l'on se fait généralement de l'étendue d'un tel contrôle lorsqu'il est exercé en principe par le juge administratif suprême. A cet égard, de nombreux aspects des limites de ce contrôle effectué en France par le Conseil d'Etat sur les décisions de la Cour des Comptes sont susceptibles de nous éclairer. On méditera à ce sujet sur les critiques que Francis J. *Fabre* exprimait dans son étude. Le juge administratif ne peut

connaître, par la voie du recours en cassation ouverte devant le Conseil d'Etat qu'une infime partie de l'œuvre du juge des comptes : il ne peut pas statuer sur les décisions du juge des comptes ne revêtant pas la forme d'arrêt, et les arrêts provisoires, de loin les plus importants, ne sont pas susceptibles de recours. Mais, c'est surtout l'existence d'une voie alternative ouverte aux comptables devant le ministre des finances qui diminue l'intérêt du recours en cassation contre les arrêts définitifs du juge des comptes : les comptables patents préfèrent demander à l'autorité financière une décharge de responsabilité ou une remise gracieuse de débit. Enfin, manifestant une sorte d'indifférence à l'égard des arrêts prononçant la décharge des comptables, les personnes publiques se désintéressent du recours en cassation par lequel elles auraient pu contester les décisions du juge des comptes.²⁶ Dans ces conditions, reconnaît l'auteur, « le champ d'application du recours en cassation est beaucoup trop étroit pour que le Conseil d'Etat puisse avoir une bonne connaissance de la matière à juger »²⁷.

La seconde hypothèse revient à dire de la Chambre Administrative qu'elle ne peut pas davantage connaître des décisions de la Chambre des Comptes par le biais de l'exception préjudicielle. La Chambre des Comptes ne peut pas renvoyer une affaire ou provoquer le renvoi devant la Chambre Administrative. Un tel système de renvoi a été prévu pour la voie de fait administrative et l'emprise irrégulière et oblige le juge judiciaire s'il venait à en être saisi à surseoir et à renvoyer l'affaire à la Chambre Administrative qui est compétente pour constater l'emprise irrégulière et la voie de fait. Dans ce système, en effet, les tribunaux de droit commun se bornent à réparer la voie de fait et l'emprise et à ordonner toute mesure pour qu'il y soit mis fin.²⁸ Une fois de plus, la Chambre Administrative se voit privée de tout moyen de contrôle des décisions de la Chambre des Comptes.

On peut résumer partiellement cette analyse en posant que c'est apparemment en toute liberté et sans le secours d'aucune instance extérieure que la Chambre des Comptes met actuellement en œuvre les règles du droit administratif. Ce droit administratif n'a d'autre certification que celle du juge des comptes lui-même. Par ailleurs, on ne regrettera pas beaucoup l'inexistence du recours en cassation des décisions de la Chambre des Comptes devant la Chambre Administrative, car lorsqu'un tel contrôle existe, il offre un champ d'application trop étroit et sans grand intérêt en pratique. De là vient le risque de contrariétés de solutions du juge des comptes et du juge administratif.

²⁶ Francis J. *Fabre*, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, Paris, 2^e éd., 1983, pp. 100-101.

²⁷ Francis J. *Fabre*, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière ...*, *op. cit.*, p. 102.

²⁸ Ce système est fondé sur la loi n° 2006/022 du 29 déc. 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des Tribunaux administratifs. L'article 3(1) dispose : « Les Tribunaux de droit commun connaissent, conformément au droit privé, de toute autre action ou litige, même s'il met en cause les personnes morales énumérées à l'article 2, la responsabilité desdites personnes morales étant à l'égard des tiers substituée de plein droit à celle de leurs agents auteurs des dommages causés dans l'exercice même de leurs fonctions. L'alinéa 2 précise :

Ils connaissent, en outre, des emprises et des voies de fait administratives et ordonnent toute mesure pour qu'il y soit mis fin. Toutefois, il est statué par la Chambre Administrative de la Cour Suprême sur l'exception préjudicielle soulevée en matière de voie de fait administrative et d'emprise.

B. Solutions possibles

La lecture des textes laisse entrevoir une première solution, nécessairement limitée (1) qui autorise la recherche d'une solution plus appropriée (2).

I. Solution envisagée

L'article 41 de la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême institue une formation des Chambres Réunies qui est susceptible par son fonctionnement de neutraliser d'éventuelles contrariétés des décisions de la Chambre des Comptes et de la Chambre Administrative. Il appartient en effet à la formation des Chambres Réunies de connaître, entre autres, « des questions de principe s'il y a un risque de solutions divergentes, soit entre les juges de fond, soit entre les Chambres [...] »²⁹.

Composée des magistrats pris dans chaque Chambre, la formation des Chambres Réunies évite la formule qui aurait consisté à la chapeauter uniquement par l'une des Chambres, laquelle aurait ainsi une prééminence sur les autres. La formation des Chambres réunies est composée par le premier président de la Cour Suprême, président, auquel est substitué le président de Chambre le plus ancien dans le grade le plus élevé en cas d'empêchement,³⁰ les présidents de Chambres et les présidents des Sections³¹ éventuellement assistés d'un ou de plusieurs conseillers désignés par ordonnance du premier président compte tenu de la nature de l'affaire. Si l'on se rapporte à Francis J. Fabre, on découvre dans la formation des Chambres Réunies une instance sans doute lourde dans sa composition, mais qui rend possible aux membres de la juridiction des comptes d'apporter leur connaissance de la matière à juger et aux membres de la juridiction administrative celle du droit administratif.³² On parviendrait ainsi à un équilibre entre les finances publiques et le droit administratif qui ne peut que déboucher sur des solutions nuancées.

D'après l'article 138 de la loi n° 2006/016, on ne peut que s'incliner devant l'autorité de la décision des Chambres Réunies. Cet article dispose : « Les décisions de la Cour Suprême statuant en Chambre Réunies s'imposent aux juridictions inférieures sur tous les points de droit tranchés ». Sur le mode de cette autorité, les solutions de droit administratif reçoivent une égale autorité en ce qu'elles s'imposent aussi bien au juge administratif qu'au juge des comptes : une fois que les Chambres Réunies ont validé les aspects du droit administratif, il n'y a aucune raison que l'autorité soit méconnue par la Chambre Administrative comme la Chambre des Comptes.

On remarquera, toutefois, que ce dispositif n'est pas appliqué pour le moment ; à cause de la lourdeur de la composition des Chambres Réunies et de sa saisine,³³ il

²⁹ Au reste, la formation des Sections Réunies connaît conformément à l'article 41 : des règlements de juges, de l'action en récusation d'un membre de la Cour Suprême ou d'un président de la Cour d'Appel, des demandes de renvoi d'une juridiction à l'autre pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique, de tout autre affaire prévue par un texte particulier.

³⁰ Article 16.

³¹ Article 15(2) de la loi n° 2006/016 du 29 déc. 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême.

³² Francis J. Fabre, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière ...*, *op. cit.*, p. 102.

³³ D'après l'article 131 de la loi n° 2006/016, « la formation des Chambres Réunies est saisie, soit par ordonnance du premier président, soit par arrêté d'une Section ou des Sec-

sera d'application difficile pour ne pas dire exceptionnelle. Il ne reste plus qu'à la Chambre des Comptes à faire en sorte que les solutions qu'elle applique soient acceptées en puisant dans le fonds du droit administratif et en se montrant ouvert à la juridiction administrative. C'est dans cette direction qu'il faut chercher les éléments de solution.

2. Solution préconisée

Loin d'attendre un éventuel éclairage extérieur, le juge des comptes doit trouver en lui-même les ressources nécessaires en vue d'une issue honorable des règles de droit administratif qu'il applique et qui serait conforme à l'idée que l'on s'en fait généralement. Sans cette précaution, le droit administratif en formation serait tout juste « bon » pour la Chambre des Comptes, ce qu'il convient de lui éviter précisément. En d'autres termes, l'acceptation des décisions de la Chambre des Comptes en matière administrative, celles déjà intervenues comme celles à venir, dépend de sa propre capacité d'écoute du juge administratif traditionnel, car il ne tient qu'à elle que ses décisions fassent autorité.

La Chambre des Comptes peut alors s'aider du registre conceptuel mis à jour à cet effet par le juge administratif. Il est admis que, longtemps symptomatique de la défense de leur conception du droit, les divergences entre juridictions souveraines nécessairement défavorables à l'autorité de leur décision et aux droits fondamentaux sont progressivement reléguées aux oubliettes. Renonçant à l'affrontement ouvert, les juges cultivent de plus en plus une entente conceptuelle au-delà de leur indépendance dans une sorte de dialogue des juges. Le récent succès du dialogue du juge constitutionnel et du juge administratif, par exemple, phénomène qui suscite l'admiration de la doctrine,³⁴ semble de bon augure pour la suite du dialogue, aujourd'hui amorcé, entre le juge des comptes et le juge administratif. Illustrative à cet égard est l'application des règles de compétence ainsi que celles relatives aux formalités de l'acte administratif dans les quelques décisions déjà intervenues, laquelle n'est rien d'autre que l'extériorisation, par la Chambre des Comptes, en dehors de toute référence expresse il est vrai, de l'écoute de la jurisprudence administrative traditionnelle reçue en dépôt de la Chambre Administrative. En s'inspirant de la jurisprudence classique, la Chambre des Comptes ménage l'autorité de ses propres décisions en matière administrative. Dans cette évocation, la Chambre des Comptes doit s'aider en mentionnant les décisions de la Chambre Administrative et s'il le faut du Conseil d'Etat français, mention qui rend vaines des analyses et des prescriptions trop poussées. Pour cette raison, il importe au juge des comptes d'afficher ouvertement ses références à la jurisprudence administrative.

Mais, l'on s'aperçoit également que la Chambre Administrative doit en retour considérer avec attention les décisions de la Chambre des Comptes, et l'effort d'écoute qu'elle doit fournir va permettre au juge des comptes de progresser dans l'affirmation du droit administratif. L'alerte donnée par la Chambre des Comptes qui va de

tions Réunies d'une Chambre, soit sur réquisition du procureur général ». Après enregistrement par le greffier en chef de la Cour Suprême, l'affaire est instruite et jugée conformément à la procédure des articles 133 à 137.

³⁴ Célestin *Keutcha Tchapnga*, Note sous arrêt n° 119, CS/CC du 22 juillet 2007, Affaire *Kwemo Pierre (SDF) c/Etat du Cameroun (MINATD)*, *Juridis Périodique* n° 82, 2010, pp. 37-49, notamment pp. 44-49.

l'information à la sensibilisation est contenue généralement dans *les Rapports annuels* où la Chambre pousse souvent à l'application stricte du droit à l'administration. A première vue, l'interpellation vaut pour les pouvoirs publics. Cependant, la Chambre Administrative est autant concernée qu'interpelée par les vues modernes de la Chambre des Comptes qui vont dans le sens de l'évolution de notre droit.

Conclusion

Il arrivera un jour où, à l'instar de la Chambre des Comptes, les juridictions inférieures des Comptes créées également par l'article 41 de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972 et organisées par la loi n° 2006/017 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux régionaux des comptes, seront effectives. Le droit administratif actuel connaîtra alors un renfort avec les tribunaux régionaux des comptes. Ainsi élargi dans sa perspective, le droit administratif en formation va s'épaissir et gagner en consistance.

De ce fait, les administrativistes camerounais vont certainement être amenés à changer leurs habitudes mentales : sur une question de droit administratif, ils devront aussi bien connaître la position de la juridiction administrative que celle de la juridiction des comptes, car du fait de l'intervention de la juridiction des comptes en matière administrative, le droit administratif tendra à être un cœur à plusieurs voix.

Berichte und Überlegungen
Reports and reflections · Rapports et réflexions

Edouard Gnimpieba Tonnang / Arsène Landry Nguena Djoufack***

L'influence du droit communautaire de la Communauté Economique
et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) sur le domaine
de compétence du juge administratif camerounais

Depuis sa naissance, le contentieux administratif¹ camerounais² n'a cessé de subir des transformations. Un tournant décisif a été amorcé en 1996³, à travers la loi constitutionnelle n° 96/06 du 18 janvier 1996⁴ et s'est poursuivi en 2006⁵. Mais, plus originales aujourd'hui sont les mutations qu'il subit du fait du développement de l'ordre juridique international et plus précisément encore de l'ordre juridique communautaire.

* Docteur en Droit, Chargé de Cours au Département de Droit Public et Science Politique, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, Cameroun.

** Doctorant, A.T.E.R. en Droit Public et Science Politique, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, Cameroun.

¹ Traditionnellement, le droit du contentieux administratif est conçu comme étant le droit qui régit à la fois l'organisation et la procédure des juridictions administratives, ainsi que la détermination du domaine de compétence de ces juridictions administratives. Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 7^e éd., Paris, 1998, p. 8.

² Pour un bref aperçu sur le contentieux administratif au Cameroun, lire entre autres, H. Jacquot, « Contentieux administratif au Cameroun », 1^{re} partie, *Revue Camerounaise de Droit (RCD)*, n° 7, 1975, 2^e partie, *RCD*, n° 8, 1975, J. Owona, *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, 1985, pp. 179 et s., M. Kamto, *Droit administratif processuel du Cameroun*, Yaoundé, 1990. Sur l'évolution du contentieux administratif dans la partie anglophone du pays, lire C. Sietchoua Djuitchoko, « Souvenir de la Common Law et actualité du droit administratif dans la Province anglophone du Cameroun », *Revue Générale de Droit (RGD)*, 1996, pp. 357-374.

³ Entre 1990 et 1997 la procédure administrative contentieuse a subi une évolution notable, Cf. C. Keutcha Tchapnga et B. Teubou, « Réflexions sur l'apport du législateur camerounais à l'évolution de la procédure administrative contentieuse de 1990 à 1997 », *Revue Internationale de Droit Africain*, n° 45, 2000, pp. 61-75.

⁴ C. Sietchoua Djuitchoko, « Perspectives ouvertes à la juridiction administrative du Cameroun par la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 Juin 1972 », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang* (ci-après *Annales de la FSJP/UDs*), t. 1, vol. 1, 1997, pp. 162-175.

⁵ Une série de textes, publiés en 2006, a apporté des évolutions dans le contentieux administratif. Il s'agit des lois n° 2006/015 du 29 décembre 2006 sur l'organisation judiciaire, *Juridis Périodique (JP)*, n° 68, 2006, pp. 34-45, commentaire, F. Anoukaha, « La réforme de l'organisation judiciaire au Cameroun », *ibid.*, pp. 45-56, n° 2006/016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême, *JP*, n° 68, 2006, pp. 57-85, et surtout n° 2006/022 du 29 décembre 2006, *JP*, n° 70, 2007, pp. 3-23, commentaire, C. Keutcha Tchapnga, « La réforme attendue du contentieux administratif au Cameroun », *ibid.*, pp. 24-29.

En effet, depuis les années 60, on note, en Afrique, une prolifération d'organisations économiques regroupant des Etats selon des formules variables et complexes.⁶ Très tôt, la classe politique africaine prit conscience des inconvénients résultant d'une telle prolifération d'organisations d'intégration et, dès 1980, à Lagos, l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), lança un plan d'action devant aboutir à la fusion de toutes les organisations internationales régionales d'intégration économiques en une seule de dimension continentale, la Communauté Economique Africaine (CEA).⁷ Mais en attendant que ce processus aboutisse, l'environnement africain reste celui de la multiplicité d'organisations d'intégration au rang desquelles, la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC).⁸

La CEMAC est une organisation d'intégration,⁹ née des cendres de l'UDEAC, dont le Traité institutif signé le 16 mars 1994 à N'Djamena a fait l'objet de deux révisions. D'abord, le 25 juin 2008 à Yaoundé, et ensuite le 30 janvier 2009 à Libreville. Elle regroupe six Etats à savoir, le Cameroun, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République Centrafricaine, la République du Congo et le Tchad. Elle entend,

⁶ C. Keutcha Tchapnga, « Le droit public camerounais à l'épreuve du droit communautaire de l'UDEAC/CEMAC : l'exemple du contrôle de la profession d'expert comptable et de comptable agréé », Revue Africaine de Droit International Comparé (RADIC), 1999, p. 475, M. Kamto, « La Communauté Economique des Etats de L'Afrique Centrale (CEEAC), une Communauté de plus ? », Annuaire Français de Droit International, XXXIII, 1987, Paris, p. 839.

⁷ J. Issa Sayegh, « L'intégration juridique des Etats de la Zone Franc », Penant, n° 823, p. 8. Signalons que le Traité d'Abuja signé en 1991, créant la CEA en application du plan d'action de Lagos, et, entré en vigueur en 1994, prévoit une période transitoire de 34 ans maximum au bout de laquelle devra se réaliser la fusion. En effet, à l'issue du sommet de Lagos, un acte final avait été adopté, comportant un plan d'action dit Plan d'action de Lagos visant la création de la CEA dans un délai de 10 ans. Le traité d'Abuja de 1991, qui fixe la période de consolidation de la CEA à 34 ans modifie dès lors l'échéance préalablement fixée par le plan d'action de Lagos à l'an 2000.

⁸ Avant la CEMAC, ont existé, en Afrique centrale, respectivement, l'Afrique Equatoriale Française (AEF), qui posait alors les jalons et dessinait les premiers contours d'un ensemble économique en Afrique centrale, l'Union Douanière Equatoriale (UDE) à partir de 1959 et l'Union Douanière des Etats de l'Afrique Centrale (UDEAC) en 1964. Cependant, malgré cette ancienneté de l'idée d'intégration en Afrique centrale, celle-ci n'y a jamais trouvé son effectivité, le handicap venant de la confusion souvent entretenue sur le continent entre la notion d'intégration et celle voisine de coopération. Cf. E. Gnimpiéba Tonnang, Droit matériel et intégration en Afrique centrale, contribution à l'étude du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC, Thèse Droit, Nice, 2004, p. 15. Les rédacteurs du Traité de la CEMAC semblent avoir diagnostiqué et pris conscience du mal. Ainsi peut-on lire à l'article 2 du Traité révisé du 30 janvier 2009 que « [...] les Etats membres entendent passer d'une situation de coopération, qui existe déjà entre eux, à une situation d'union susceptible de parachever le processus d'intégration économique et monétaire ».

⁹ Cette intégration est confiée à deux organes spécifiques : l'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC), régie par la convention de Libreville du 30 janvier 2009, pour l'intégration économique et l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC) régie par la convention de Yaoundé du 25 juin 2008, pour l'intégration monétaire.

[...] prenant acte de l'approche d'intégration proposée en UDEAC, telle qu'inspiré par les chefs d'Etat de l'OUA¹⁰, lors de la conférence d'Abuja en juillet 1991 [...] donner une impulsion nouvelle et décisive au processus d'intégration en Afrique centrale par une harmonisation accrue des politiques et des législations de leurs Etats.¹¹

Si la mondialisation économique va en entraînant la mondialisation juridique,¹² l'intégration économique, elle, implique « la régionalisation juridique ». Tout ceci traduisant le phénomène de « dénationalisation » du droit. On peut donc comprendre pourquoi la CEMAC envisage un vaste chantier juridique,¹³ ou mieux encore institue un ordre juridique spécifique, c'est-à-dire « un ensemble organisé et structuré de normes juridiques possédant ses sources propres, doté d'organes et procédures aptes à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en faire constater et sanctionner, le cas échéant, les violations »¹⁴. En effet, l'intégration juridique¹⁵ est conçue comme le levier indispensable de l'intégration économique¹⁶. L'organisation supranationale¹⁷ sécrète donc un ensemble de règles de droit¹⁸ applicables dans son ordre juridique qui est autonome de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique des Etats membres.¹⁹

Cependant, l'autonomie de l'ordre juridique communautaire n'est pas synonyme de sa séparation des ordres juridiques nationaux. Instrument de l'intérêt commun des peuples et des Etats de la Communauté, le droit issu des sources communautaires

¹⁰ L'OUA a été remplacée par l'Union Africaine (UA). L'Acte constitutif de l'UA a été adopté le 11 juillet 2000 au sommet de l'OUA de Lomé. Mais, l'UA n'a été officiellement proclamée qu'en mars 2001 et elle a officiellement pris la succession de l'OUA le 9 juillet 2002 à Durban.

¹¹ Cf. Préambule du Traité révisé de 2009.

¹² M. Kamto, « Mondialisation et droit », L'Afrique face aux défis de la mondialisation, Actes du colloque préparatoire à la Conférences des Chefs d'Etat et de Gouvernement d'Afrique et de France, Yaoundé, vol. 6, pp.87-96.

¹³ J. Mouangue Kobila et L. Donfack Sokeng, « La CEMAC à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique centrale », Annuaire Africain de Droit International (AADI), vol. 6, 1998, p. 91.

¹⁴ G. Isaac et M. Blanquet, Droit communautaire général, 8^e éd., Paris, 2001, p. 131.

¹⁵ Il est nécessaire que cette intégration juridique soit compatible avec l'infrastructure économique des Etats membres. Sietchoua Djuitchoko a, par ailleurs, exprimé cette idée en ce qui concerne le droit OHADA, cf. C. Sietchoua Djuitchoko, « Les sources du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *Penant*, n° 843, 2003, p. 179.

¹⁶ J. Issa Sayegh, « L'intégration juridique ... », *op. cit.*, p. 10, P.G. Pougoue, « OHADA et intégration économique », *Dynamiques de développement*, Mélanges G.W. Ngango, Paris, 2005, p. 582.

¹⁷ Il importe d'avoir présent à l'esprit que la technique de l'intégration et celle de la coopération ne se confondent pas. Si celle-ci implique l'interétatisme, celle-là se caractérise par la supranationalité, cf. G. Moye Bongyu, « CEMAC : intégration or coexistence ? », *Annales de la FSJP/UDs*, t. 8, 2004, p. 30.

¹⁸ Tout comme le droit communautaire européen, le droit de la CEMAC est composé du droit primaire ou originaire, du droit dérivé, des sources complémentaires et des sources jurisprudentielles.

¹⁹ Voir Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), *Van Gend en Loos* (5 février 1963) et CJCE, *Costa c/Enel* (15 juillet 1964).

n'est pas un droit étranger, ni même un droit extérieur. Il est le droit propre de chacun des Etats membres, applicable sur son territoire tout autant que son droit national, avec cette qualité supplémentaire qu'il couronne la hiérarchie des textes normatifs de chacun d'eux. Par sa nature propre, en effet, le droit communautaire possède une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique interne des Etats membres.²⁰ L'ordre juridique communautaire est donc fondé sur l'applicabilité immédiate, l'applicabilité directe et la primauté dans les ordres juridiques nationaux.²¹

Cette insertion des normes communautaires dans l'ordre juridique des Etats membres, implique incontestablement des transformations du droit national. A cet effet, Lord *Denning*, préfaçant en 1990 un livre consacré au droit communautaire, écrivait que « le droit communautaire est [...], un raz-de marée qui emporte nos digues, et qui, pénétrant à l'intérieur de nos terres vient submerger nos maisons et nos champs à la consternation de tous »²². Même s'il est vrai que cette observation doit être tempérée dans la CEMAC, en raison de la lenteur du développement du droit communautaire, il n'en demeure pas moins, ici, comme l'a si bien remarqué la doctrine,²³ que les droits nationaux des Etats membres subissent des mutations. C'est dans cette logique que le domaine de compétence du juge administratif se trouve aujourd'hui affectée par le droit communautaire.

Notons d'entrée de jeu que, le contentieux administratif au Cameroun ne renferme pas l'ensemble des règles applicables au procès de l'administration, mais seulement celles relatives aux litiges dont la connaissance appartient à la juridiction administrative ;²⁴ le contentieux administratif étant distinct du contentieux de l'administration. Le contentieux administratif n'est donc qu'une partie du contentieux de l'administration, l'autre étant réglée par le juge judiciaire.²⁵

²⁰ G. Isaac et M. Blanquet, *Droit communautaire général*, *op. cit.*, p. 183.

²¹ *Ibid.*

²² Cité par G. Marcou (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe, pluralisme et convergences*, Paris, 1995, p. 11.

²³ C. Keutcha Tchapnga, « Le droit public camerounais à l'épreuve ... », *op. cit.*, pp. 474-491.

²⁴ Organisée depuis 1972, autour d'une Chambre Administrative, siégeant en premier ressort et d'une Assemblée Plénière statuant en appel, la juridiction administrative camerounaise a eu, à travers la loi constitutionnelle n° 96/06 du 18 janvier 1996, de nouvelles perspectives. Celle-ci a notamment supprimé l'Assemblée Plénière qu'elle a remplacé par une nouvelle Chambre Administrative, instituée par l'article 38 et a posé, à l'article 40, les bases d'une déconcentration territoriale de l'institution. Cette déconcentration a été confirmée par les lois de 2006 précitées. La loi n° 2006/022 créée dans chacune des dix régions du pays un Tribunal Administratif. Au dessus de ces Tribunaux a été créée une Chambre Administrative se présentant comme la juridiction suprême en matière de contentieux administratif. Celle-ci comprend, conformément à l'article 9 de la loi n° 2006/016, cinq sections représentant les différents types d'affaires qui peuvent être soumis à la Chambre. Sa compétence est prévue par l'article 38 de la même loi. Toutefois ces juridictions ainsi organisées ne sont pas encore effectives. Ainsi l'article 119 de la loi n° 2006/022 dispose qu'en attendant la mise en place des Tribunaux Administratifs, la Chambre Administrative exerce provisoirement leurs attributions à travers les sections, en première instance, et les sections réunies en appel et pour les pourvois.

²⁵ Le juge administratif met en œuvre le droit administratif et il revient au juge judiciaire d'appliquer le droit privé.

Pour délimiter les compétences respectives des deux juridictions, le Cameroun, contrairement à la France qui a opté pour le système de la clause générale de compétence,²⁶ a choisi le procédé de la compétence par détermination de la loi.²⁷ Ainsi, le domaine de compétence de notre juge administratif, jadis défini par l'article 9 de l'ordonnance n° 72/06, est aujourd'hui précisé par l'article 2 de la loi n° 2006/022.

Il en ressort que le juge administratif est compétent pour connaître « en premier ressort, du contentieux des élections régionales et municipales et en dernier ressort, de l'ensemble du contentieux administratif concernant l'Etat, les collectivités publiques territoriales décentralisées et les établissements publics administratifs ». Le contentieux administratif à l'encontre de l'Etat et des autres personnes morales de droit public comprend : les litiges relatifs aux actes administratifs unilatéraux, les litiges relatifs aux contrats administratifs, les litiges relatifs au domaine public, et les litiges relatifs aux opérations de maintien de l'ordre.

Pour sa part, la compétence du juge judiciaire en matière administrative est prévue par l'article 3 de la loi n° 2006/022. L'alinéa 1 de cet article dispose que « les tribunaux de droit commun connaissent, conformément au droit privé, de toute autre action ou litige, même s'il met en cause les personnes morales énumérées à l'article 2 [...] ». Quant à l'alinéa 2, il stipule que ces tribunaux de droit commun « connaissent, en outre, des emprises et des voies de fait administratives et ordonnent toute mesure pour qu'il y soit mis fin »²⁸.

De l'interprétation des dispositions des articles 2 et 3, on peut avoir le sentiment que le juge judiciaire est juge de droit commun de l'administration et que le juge administratif ne serait que juge d'attribution. Une telle affirmation, forcément erronée serait, à notre sens, une ignorance de la raison même d'être de la juridiction administrative. En réalité, la compétence de principe à l'égard du contentieux de l'administration puissance publique revient au juge administratif. C'est ce dernier qui est en principe compétent pour connaître du contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique. La compétence du juge judiciaire, en matière administrative, ne constituerait donc qu'une exception à la compétence de principe du juge administratif.²⁹

Ces précisions faites, il est question dans la présente étude, de déterminer l'influence que le droit communautaire de la CEMAC exerce sur le domaine de compétence du juge administratif. Autrement dit, quelles sont les mutations que subit le domaine de compétence du juge administratif du fait de l'insertion du droit communautaire de la

²⁶ Ce système consiste à énoncer un principe général duquel on peut logiquement déduire quelles catégories de litiges reviennent à l'une ou à l'autre des deux juridictions.

²⁷ Ce système consiste à énumérer les matières dont le contentieux relève de chacune des deux juridictions ou au moins à l'une d'entre elles.

²⁸ Cet alinéa précise toutefois qu'il est statué par la juridiction administrative suprême sur l'exception préjudicielle soulevée en matière de voie de fait administrative et d'emprise.

²⁹ Pour être convaincu de la compétence de droit commun du juge administratif en matière administrative, il suffit de référer, à côté des articles 2 et 3 de la loi de 2006/022 précité, aux nombreux textes particuliers ainsi qu'à la jurisprudence qui viennent davantage préciser le domaine de compétence du juge administratif. Sur la compétence du juge administratif camerounais, lire J.C. *Aba'a Oyono*, La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais, Thèse, Nantes, 1994.

CEMAC dans l'ordre juridique camerounais ? La détermination et la démonstration de cette influence ne sont pas du tout évidentes, en raison, notamment, de son caractère encore essentiellement théorique. Aussi, parce que, comme l'a observé et souligné Jean *Boulouis*, « confronter deux systèmes juridiques pour mesurer l'incidence de l'un sur l'autre n'est jamais entreprise aisée »³⁰.

Quoiqu'il en soit, cette étude qui passe par une exégèse des textes et le recours ponctuel au droit étranger, nous permet de remarquer qu'à l'épreuve du droit communautaire, le juge administratif voit d'une part sa compétence évoluer (I), et d'autre part ses chefs de compétence partagés (II).

I L'évolution de la compétence du juge administratif

L'article 2 de la loi n° 2006/022 précitée, fixant le domaine de compétence du juge administratif n'a pas un caractère exhaustif, mais tout simplement indicatif. Il prévoit le domaine initial de la compétence du juge administratif, et les possibilités de son extension restent ouvertes. C'est ainsi que le juge administratif est aujourd'hui appelé à exercer des compétences à lui attribuées par l'ordre juridique communautaire. En effet, la création d'une juridiction communautaire n'implique pas sa compétence pour connaître de toutes les questions posant un problème d'application du droit communautaire.³¹ Sa compétence ne serait que d'attribution. Logiquement, c'est le juge national qui est juge de droit commun du droit communautaire tout comme il l'est de son propre droit national.³² La compétence du juge national se trouve ainsi étendue au-delà de l'application du droit interne pour s'affirmer sur le terrain du droit communautaire (A).

La compétence du juge national en matière d'application du droit communautaire repose en principe sur la conception que celui-ci fait partie intégrante du droit applicable sur le territoire des Etats membres. Evidemment, c'est au juge national en sa qualité de juge communautaire qu'il appartient d'assurer la protection du justiciable découlant de l'effet direct des dispositions du droit communautaire.³³ A l'occasion, il disposerait d'une plénitude de compétence (B).

A L'extension de la compétence du juge administratif

Certains textes communautaires attribuent expressément au juge administratif la responsabilité de la garantie de leur respect par les sujets de l'ordre juridique communautaire (1). Cette compétence serait même de principe et se justifierait par le fait que le droit communautaire est désormais une source de la légalité administrative

³⁰ Cf. L. *Sermet*, *Convention Européenne des Droits de l'Homme et contentieux administratif français*, Paris, 1996, p. 6.

³¹ S.-J. *Priso Essawe*, *Intégration économique et droit en Afrique Centrale. Etude de la zone UDEAC*, Thèse de Droit, Montpellier, 1997, p. 344.

³² B. *Boumakani*, « Les juridictions communautaires en Afrique Noire francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, les Cours de Justice de l'UEMOA et de la CEMAC », *Annales de la FSJP/UDs*, t. 3, 1999, p. 78. Voir dans le même sens, J. *Kenfack*, « Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique », *JP*, n° 63, 2005, p. 66, O. *Togolo*, « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif », *JP*, n° 63, 2005, p. 78.

³³ O. *Togolo*, « Le juge camerounais ... », *op. cit.*, p. 79.

(2). Cependant, la compétence du juge administratif est limitée en ce qui concerne l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes communautaires (3).

1) *L'attribution expresse de compétences au juge administratif*

L'article 9 de l'ordonnance n° 72/06 précitée précisait que le juge administratif connaît également des « litiges qui lui sont expressément attribués par la loi ». Cette formule, qui n'a pas été expressément reprise par les dispositions de la loi n° 2006/022,³⁴ n'est pas satisfaisante, car il n'est pas exclu que des textes autres que des lois soient attributifs de compétences. Il est donc tout à fait légitime de penser que « la formule de litiges expressément attribués par un texte »³⁵ serait plus correcte. Cette formule est d'autant plus intéressante qu'elle pourrait également englober les compétences expressément attribuées par le droit communautaire.

L'attribution de compétence au juge administratif par le droit communautaire n'est pas liée à l'avènement de la CEMAC. Elle existait déjà à l'époque de l'UDEAC. C'était le cas du contentieux lié à l'application des régimes I et II du Code communautaire des investissements de 1965. Ce texte prévoyait que les entreprises agréées à ces régimes peuvent se voir retirer leur agrément « en cas de manquement grave ». Elles disposaient alors suivant les dispositions de l'article 42 du Code d'un recours « devant la juridiction administrative de l'Etat d'implantation ». Il en résultait donc que le juge administratif qui est seul compétent pour connaître des litiges liés à l'application des régimes I et II. Ceci s'explique par le fait que l'octroi de ces agréments est de la compétence des Etats, en conformité toutefois avec les dispositions du Code ;³⁶ le règlement des différends liés à ces actes nationaux d'agrément relève donc du contentieux administratif ordinaire incluant, néanmoins des règles de droit communautaire auxquelles les autorités administratives nationales doivent se conformer.³⁷

La CEMAC n'a pas abandonné cette technique d'attribution expresse de compétence au juge national par le droit communautaire. Ainsi, le juge administratif pourrait exercer des compétences en droit communautaire de la concurrence. En effet, l'article 6 du règlement n° 4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres³⁸ reconnaît au juge national la compétence pour faire obstacle à l'octroi d'une aide non notifiée ou mise en exécution sans attendre la décision finale du Conseil Régional de la Concurrence (CRC), et faire appliquer les décisions du Conseil Régional ou du Conseil des Ministres. S'agit-il du juge judiciaire ou du juge administratif ? Le règlement ne donne pas de solution à cette question. Ceci est couvert par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. Au Cameroun, il ne serait pas illogique que le juge administratif exerce cette compétence.³⁹ La personne publique

³⁴ L'article 38 de la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême précise néanmoins en ce qui concerne la juridiction suprême en matière administrative que celle-ci est également compétente pour connaître de « toute autre matière qui lui est expressément attribuée par la loi ».

³⁵ J. Owona, *Droit administratif spécial ...*, *op. cit.*, p. 191.

³⁶ Article 9, alinéa 1 du Code des investissements de l'UDEAC.

³⁷ Cf. S.J. *Priso Essawe*, *Intégration économique et droit ...*, *op. cit.*, p. 342.

³⁸ Ci-après règlement n° 4/99.

³⁹ Comme c'est d'ailleurs le cas pour son homologue français, compétent en matière d'aides d'Etat, lire R. *Chetrit*, « La compétence du juge national et la récupération des aides

dans l'octroi des aides d'Etat intervient comme une autorité publique⁴⁰ prenant des actes administratifs,⁴¹ et par conséquent est soumise au respect de la légalité dont le juge administratif est le gardien. Or, toute aide non notifiée ou mise à exécution sans attendre la décision finale du CRC est illégale au regard du règlement n° 4/99 qui est incontestablement une source de la légalité de l'action administrative dans l'ordre juridique camerounais.

2) *Le droit communautaire, source de la légalité administrative*

Dans l'Etat moderne, l'administration qui est le pouvoir agissant de l'Etat doit être soumise à l'ensemble des normes juridiques supérieures, constitutives du « bloc de légalité ». Il s'agit de la soumission de l'administration au droit et non à la seule loi. Est donc pris en compte tout le bloc normatif hiérarchisé qui va de la constitution aux actes de l'administration en passant par les conventions internationales, les lois et les ordonnances, les principes généraux du droit et la jurisprudence. Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait croire à la lecture de l'article 2 alinéa 3, de la loi n° 2006/022, qui dispose que « est constitutif d'excès de pouvoir [...], la violation d'une disposition légale ou réglementaire [...] », la violation du droit renvoie au bloc de la légalité et non pas seulement à la loi et au règlement. Cette disposition doit donc être entendue de façon large, intégrant tout le bloc de la légalité et, donc le droit communautaire.

S'agissant de ce droit communautaire, nouvelle composante de l'Etat de droit, il fait peser de nombreuses obligations sur les autorités administratives camerounaises. Ces dernières doivent non seulement adapter le droit interne aux exigences du droit communautaire, mais aussi, elles doivent annihiler tout acte national qui leur serait contraire.⁴²

Le droit communautaire faisant désormais « partie intégrante du bloc de la légalité applicable au Cameroun »⁴³, il est logique que le non respect de ses obligations par l'administration puisse être sanctionné par le juge administratif. Ce dernier affirmait d'ailleurs en ce sens que « les conventions internationales constituent les sources du droit interne [et], que leur violation peut être invoquée à l'appui d'un recours »⁴⁴ devant lui. On en déduit donc que l'administré qui estime qu'une action administrative illégale, au regard du droit communautaire, lui cause un grief pourrait, logiquement, solliciter du juge la sanction de l'administration. La compétence du juge administratif reste toutefois limitée en ce qui concerne les questions incidentes.

d'Etat non notifiées mais compatibles avec le Traité », disponible sur <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2007/01/07/129>.

⁴⁰ M. Bazex, « Droit de la concurrence et personnes publiques », GP, 30 octobre–3 novembre 1994, p. 6.

⁴¹ Les aides d'Etat ont pour l'essentiel la nature d'actes administratifs, cf. C. Blumann, « Contrôle des aides d'Etat et droit des tiers », article disponible sur le site <http://www.10.finance.gouv.fr/fonds-documentaire/dgccrf/02-actualite/ateliers-concu/aides4.htm>.

⁴² Sur cette question, lire à titre de droit comparé, G. Alberton, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne, les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », RFDA, janvier–février 2002, pp. 1-19.

⁴³ J. Kenfack, « Le juge camerounais à l'épreuve ... », *op. cit.*, p. 71.

⁴⁴ Arrêt n° 163/A/CFJ/CAY du 08 juin 1971, *Compagnie commerciale et immobilière des chargeurs réunis c/Etat du Cameroun Oriental*. Voir dans le même sens l'arrêt n° 171/A/CFJ/CAY, *Sté Davum c/Etat du Cameroun*.

3) Une compétence limitée en ce qui concerne les questions incidentes

Dans le cadre d'un contentieux, le juge peut être confronté à un problème d'interprétation ou d'appréciation de la légalité de la norme.⁴⁵ En principe, le juge appelé à appliquer une disposition textuelle doit au préalable l'interpréter, il est même difficile de dissocier dans la pratique l'interprétation de l'application.⁴⁶ Cependant, le pouvoir d'interprétation des juges nationaux est fortement limité par la technique du renvoi préjudiciel⁴⁷ qui consacre le monopole de la juridiction communautaire en matière d'interprétation et d'appréciation de la légalité des normes communautaires. L'ordre juridique de la CEMAC dispose d'une Cour de Justice, chargée de réaliser l'unité d'interprétation et d'application des normes édictées par les autorités communautaires.

En effet, l'article 26 de la convention du 30 janvier 2009, régissant la Cour de justice de la CEMAC (CJC), dispose en substance que « la Cour statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de la CEMAC et des textes subséquents, sur la légalité et l'interprétation des actes des Institutions, Organes et Institutions spécialisées de la CEMAC quand une juridiction nationale [...] est appelée à en connaître à l'occasion d'un litige »⁴⁸.

Le renvoi préjudiciel⁴⁹ prévu par cet article a une nature dualiste. Celle-ci tient au fait qu'il peut être obligatoire ou facultatif. A cet effet, l'alinéa 2 de cet article dispose que « chaque fois qu'une juridiction nationale [...] doit statuer en dernier ressort, elle est tenue de saisir préalablement la Cour de justice. Cette saisine devient facultative lorsque la juridiction nationale [...] doit statuer à charge d'appel »⁵⁰. De cette disposition, il apparaît clairement que si la juridiction administrative camerounaise statue en dernier ressort, elle a l'obligation de saisir la Cour de justice.⁵¹ Par contre si elle statue en premier ressort, elle est libre de saisir ou non la Cour de jus-

⁴⁵ Interpréter une norme revient à déterminer le sens et la portée de celle-ci lorsqu'une partie à un litige revendique son application, cf. M.C. *Bergeres*, Contentieux communautaire, 2^e éd., Paris, 1994, p. 72.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Il s'agit d'un moyen de coopération entre le juge national et la Cour de justice, permettant à cette dernière d'assurer l'unité d'interprétation et d'application du droit communautaire.

⁴⁸ Les interprétations données par la Cour s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles dans l'ensemble des Etats membres. L'inobservation de ces interprétations donne lieu à un recours en manquement (article 26, alinéa 3 de la Convention régissant la Cour).

⁴⁹ Signalons que le renvoi préjudiciel n'est pas automatique chaque fois que le juge national est appelé à appliquer un acte communautaire. Le juge devant lequel est soulevé une exception préjudicielle n'est tenu de renvoyer à la juridiction communautaire que s'il existe une difficulté réelle d'interprétation, s'il existe un doute sérieux sur le sens de la disposition concernée, si le sens de l'acte est clair, le juge peut l'appliquer immédiatement en vertu de « la théorie de l'acte clair ».

⁵⁰ Si à la requête du Président de la Commission, du premier responsable de toute institution, organe ou institution spécialisée de la CEMAC ou de toute personne physique ou morale, la Cour constate que dans un Etat membre, l'inobservation des règles de la procédure du recours préjudiciel donne lieu à des interprétations erronées des textes communautaires, elle rend un arrêt donnant des interprétations exactes (article 27 de la Convention régissant la Cour de justice de la CEMAC).

⁵¹ Ces solutions consacrées dans le cadre de la CEMAC sont similaires à celles retenues dans l'Union Européenne (article 177, alinéa 3 du traité de Rome).

stice d'une question préjudicielle. C'est dire donc, comme l'a relevé René *Chapus*, que « la compétence de la cour (communautaire en matière d'interprétation) n'exclut toutefois pas entièrement celle des tribunaux nationaux »⁵².

Ainsi, dans le contentieux administratif camerounais, on peut désormais distinguer, à côté des questions préjudicielles qui imposent au juge judiciaire de saisir le juge administratif et des questions préjudicielles que les juridictions inférieures en matière administratives doivent porter devant la juridiction suprême en matière de contentieux administratif,⁵³ les questions préjudicielles pour lesquelles les juridictions administratives doivent saisir la Cour de justice.

Même si elle est encadrée, la compétence du juge administratif pour appliquer le droit communautaire ne saurait être remise en cause. Dès lors, l'on peut logiquement s'interroger sur les pouvoirs dont dispose ce dernier.

B Les pouvoirs du juge administratif

En sa qualité de juge communautaire, le juge administratif camerounais disposerait d'une plénitude de compétence⁵⁴ lui permettant de sanctionner les violations du droit communautaire (1), et surtout, de rechercher son efficacité. Ceci pose une problématique de renforcement de ses pouvoirs (2).

1) La plénitude de compétence du juge administratif

La sanction des violations du droit communautaire par le juge administratif peut s'opérer aussi bien sur le terrain de l'excès de pouvoir (a) que sur celui de la responsabilité administrative (b).

a) Sur le terrain de l'excès de pouvoir

L'Assemblée Plénière de la Cour suprême statuant en matière administrative dans l'arrêt n° 7 du 26 octobre 1978, *Njoya Thomas contre Etat du Cameroun*⁵⁵, a soumis l'activité administrative au respect du droit communautaire, en l'espèce celui de l'Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle (OAMPI). Il a, à cette occasion, fermement affirmé l'annulation d'un acte administratif contraire au droit

⁵² R. *Chapus*, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, t. 1, 1999, p. 901.

⁵³ Cf. article 14, alinéas 2 et 3 de la loi n° 2006/022 qui a institué un mécanisme nouveau dans le contentieux administratif camerounais. Obligation est faite aux tribunaux administratifs lorsqu'ils se trouvent devant une difficulté d'interprétation ou d'appréciation de la légalité d'un acte législatif ou réglementaire de surseoir à statuer et renvoyer la question devant la juridiction suprême qui doit se prononcer dans les trois mois de sa saisine.

⁵⁴ Cf. A. *Barav*, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à J. Boulouis, Paris, 1991, pp. 1-20.

⁵⁵ En l'espèce, le sieur Njoya Thomas, détenteur d'un brevet d'invention d'objets d'art délivré par l'OAMPI, décision d'autorisation n° 55405-4896 du 26 mai 1975 et n° 65078 du 28 avril 1975 s'était vu interdire de se prévaloir d'un quelconque droit d'inventeur par une décision du Ministre de l'Information et de la Culture, décision n° 2411-MINFOC-DAC du 28 juillet 1975. Il saisit la Chambre Administrative et obtint l'annulation de la décision querellée. Non satisfait de ce jugement, le représentant de l'Etat saisit l'Assemblée Plénière en appel.

communautaire. Cette jurisprudence devrait s'appliquer au droit communautaire de la CEMAC.

Au demeurant, une question mérite ici une attention particulière : que doit faire le juge administratif lorsque l'acte, dont l'annulation lui est demandée, est conforme à la loi mais contraire aux dispositions d'un engagement communautaire ? Cette question pose, en effet, le problème du contrôle de la conformité des lois aux conventions internationales. Elle est d'autant plus intéressante qu'il n'est pas prévu, en droit camerounais, un contrôle de la conformité des lois aux conventions internationales par le juge administratif. Sa plénitude de compétence, en sa qualité de juge communautaire, lui donnerait le pouvoir d'effectuer ce contrôle ne serait-ce que par voie d'exception. C'est le lieu de signaler que la consécration de la compétence du juge ordinaire, pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales, se présente aujourd'hui comme une nécessité, la solution consistant en l'intégration des normes internationales dans le bloc de la constitutionnalité⁵⁶ n'étant pas sans susciter des inquiétudes.⁵⁷ La doctrine camerounaise ne semble d'ailleurs pas favorable à cette option. Elle note qu'« il y'a lieu de retenir de manière générale que, compte tenu des contingences difficilement prévisibles qui peuvent marquer son existence, il n'est pas dans la nature d'un traité de servir de base à un contrôle de constitutionnalité »⁵⁸, et que par conséquent, « les tribunaux camerounais devraient mutatis mutandis, reprendre à leur compte la position des juridictions françaises.⁵⁹ Car c'est elle qui permet d'assurer effectivement la primauté du traité sur une loi interne ordinaire »⁶⁰.

Sans davantage nous appesantir sur cette délicate question de contrôle de conventionnalité qui, aujourd'hui encore, fait l'objet de débats enrichissants, notamment en France,⁶¹ notons que, de manière générale, la nécessité d'affirmation de la compétence du juge ordinaire se pose avec vivacité en ce qui concerne le droit communautaire. Rappelons-nous que, jusqu'à l'arrêt *Nicolo*⁶², le contrôle de conformité des lois aux conventions internationales n'existait pas en France.⁶³ Avec l'évolution du droit communautaire, la mutation était devenue impérative. C'est alors que Gérard *Marcou* affirme que « le renversement de la jurisprudence réalisée par l'arrêt NICOLO était devenu inévitable avec les progrès de l'intégration communautaire, car la

⁵⁶ Cette solution voudrait que le contrôle de la conformité des lois aux conventions internationales s'effectue par le Conseil Constitutionnel.

⁵⁷ Le juge constitutionnel français avait depuis 1975 dans l'arrêt dit IVG, affirmé son incompétence pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales.

⁵⁸ A.D. *Olinga*, « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge camerounais », JP, n° 63, 2005, p. 9.

⁵⁹ C'est-à-dire reconnaître la compétence des juridictions ordinaires pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales.

⁶⁰ A. *Minkoa She*, cité par A.D. *Olinga*, « Réflexions sur le droit international ... », *op. cit.*, p. 9.

⁶¹ De plus en plus par exemple, des auteurs défendent que le Conseil constitutionnel ne devrait plus se contenter, de juger de la conformité de la loi à la Constitution, mais également à certaines normes conventionnelles, notamment celles relatives aux droits fondamentaux. Des perspectives sont donc ouvertes sur l'évolution de la jurisprudence IVG.

⁶² CE, Ass., 20 octobre 1989, RFDA, 1989, p. 812, concl. *Frydman*.

⁶³ CE, 1 mars 1968, *Syndicat général des fabricants de Semoules de France*, AJDA, 1968, p. 235, concl. *Questiaux*.

position qui avait prévalu jusque là était une source d'incertitude pour l'application en France de certaines normes communautaires, et était de nature à engager la responsabilité de la France »⁶⁴. En effet, le droit communautaire a cette spécificité par rapport au droit international classique de produire, à côté du droit originaire, un important stock de normes dérivées, qui de surcroît créent des droits et des obligations pour les particuliers. Ainsi, dans l'avenir, de nombreux textes, applicables au Cameroun, seront d'origine communautaire. Les intégrer dans le contrôle de constitutionnalité impliquerait pour le Conseil constitutionnel un trop grand nombre de normes à gérer.⁶⁵

L'administré qui invoque le droit communautaire pour solliciter l'annulation d'un acte administratif pourra aussi obtenir une indemnité.

b) Sur le terrain du plein contentieux

Le manquement d'un Etat à ses obligations communautaires peut être à l'origine d'un préjudice à l'égard des particuliers. La puissance publique devrait donc pouvoir réparer ledit préjudice. Il s'agit de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire.⁶⁶

La responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire a été reconnue, par le juge administratif camerounais, à travers l'arrêt *Njoya* précité. En plus de l'annulation de la décision administrative, le requérant sollicitait la réparation des préjudices matériel et moral qu'il estimait avoir subi du fait de l'inconventionnalité de la décision querellée. Le juge administratif lui accorda des dommages et intérêts pour le préjudice moral subi.⁶⁷ On est en droit de penser que le juge administratif mènera le même raisonnement à l'égard du droit communautaire de la CEMAC. Ainsi dans le cadre de la compétence reconnue au juge national par l'article 6 du règlement n° 4/99, de faire obstacle à l'aide non notifiée, le juge pourra avoir à statuer sur une demande d'indemnisation du dommage causé en raison du caractère illégal de la mesure d'aide.⁶⁸

Cependant, le véritable problème de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire reste celui de son fondement. Ce problème se posera, notam-

⁶⁴ G. Marcou, *Les mutations du droit de l'administration ...*, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁵ A.D. Olinga, « *Réflexions sur le droit international ...* », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁶ Cf. G. Vandersanden et M. Dony, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, 1997.

⁶⁷ De cette décision, il ressort que la réparation, du dommage subi du fait de la violation du droit communautaire, pourrait consister en l'octroi des dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts peuvent être octroyés aussi bien pour le préjudice matériel que moral. Dans l'espèce *Njoya Thomas*, l'Assemblée Plénière de la Cour Suprême a reconduit la somme de cent mille francs accordée par le premier juge au titre du préjudice moral. Bien plus, la réparation porte aussi bien sur les conséquences passées que futures, car il faut en effet assurer une adéquation entre le préjudice subi et la réparation octroyée. Cette solution est justifiée par l'idée selon laquelle il est nécessaire de briser toute tentative d'un Etat qui voudrait demeurer dans l'état de manquement à ses obligations communautaires.

⁶⁸ Une entreprise bénéficiaire d'une aide illégale parce que non notifiée, pourtant déclarée compatible par le CRC, et qui se trouve dans l'obligation de restituer, pourra engager la responsabilité de l'Etat du fait de l'absence de notification ayant entraîné la restitution. Cf. R. Chetrit, « *La compétence du juge national ...* ».

ment, à partir du moment où la puissance publique a agi en accord avec la légalité interne.

A cette interrogation, les juridictions administratives françaises ont déjà avancé au moins trois solutions possibles : la responsabilité sans faute, la responsabilité pour faute de l'administration qui n'a pas appliqué la norme communautaire et la responsabilité de l'Etat du fait d'une disposition législative illicite par rapport au droit communautaire.

La voie de la responsabilité sans faute consacrée par l'arrêt *Alivar*⁶⁹ a été plus tard abandonnée. La responsabilité de l'Etat pour faute de l'administration qui n'a pas appliqué la norme communautaire a été consacrée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Société Arizona*.⁷⁰ Conformément à cette jurisprudence, la réparation des atteintes irrégulières au droit communautaire, imputables aux autorités administratives devait désormais se faire sur le terrain de la responsabilité pour faute.⁷¹

Cependant, la responsabilité de l'Etat du fait d'une disposition législative illicite paraît devoir s'imposer.⁷² Cela représenterait une grande innovation en droit administratif camerounais, ainsi qu'une modification des rapports entre le juge administratif et la loi.

En effet, les lois sont susceptibles de causer des dommages aux particuliers. Alors que la jurisprudence française⁷³ avait posé le principe de l'irresponsabilité de l'Etat législateur, le Conseil d'Etat dans l'arrêt *la Fleurette*⁷⁴ a admis le principe de la responsabilité du fait des lois sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Le juge administratif camerounais pour sa part dans la jurisprudence de la société des grands travaux de l'Est⁷⁵ s'est refusé de reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi. Il a, à travers cet arrêt, affirmé haut et fort l'irresponsabilité de l'Etat législateur⁷⁶ et partant, l'impossibilité pour les victimes d'un dommage du fait d'une loi d'obtenir réparation. Cette irresponsabilité de l'Etat législateur est incompatible avec le droit communautaire. L'article 4 du Traité révisé de 2009⁷⁷ dispose que les

⁶⁹ CE, ASS, 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur c/Société Alivar*.

⁷⁰ CE, ASS, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco products et SA Philip Morris France*.

⁷¹ J. Schwarze, *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe*, Bruxelles, 1994, p. 89.

⁷² G. Marcou, *Les mutations du droit de l'administration ...*, *op. cit.*, p. 85. La Cour Administrative d'Appel de Paris s'est déjà prononcée dans ce sens : CAA, 1 juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, AJDA, n° 11, 1992, p. 768.

⁷³ CE, 11 janvier 1838, *Duchatelier*.

⁷⁴ CE, 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers la fleurette*.

⁷⁵ Arrêt n° 41, CFJ/AP, 28 octobre 1970.

⁷⁶ S. Bilong, « L'insaisissable responsabilité sans faute de la puissance publique au Cameroun », *Annales de la FSJP/UDs*, t. 1, vol. 1, 1997, p. 95.

⁷⁷ Ces dispositions ont été reprises, *mutatis mutandis* par l'article 10 de la Convention régissant l'UEAC du 30 janvier 2009 et l'article 8 de la Convention de l'UMAC du 25 juin 2008.

Etats membres « s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible de faire obstacle à l'application du présent Traité et des actes pris pour son application »⁷⁸.

Cette interdiction concerne les autorités nationales, donc le législateur national. Elle implique que le législateur camerounais doit s'abstenir de toute mesure qui porterait atteinte à l'effectivité du droit communautaire, « les décisions risquant de déséquilibrer le système étant à proscrire par le juge »⁷⁹. Le juge administratif camerounais est plus que jamais, au regard de ce qui précède, appelé à modifier sa position à l'égard du législateur, car le refus de la responsabilité de l'Etat du fait du législateur qui viole le droit communautaire constitue une violation flagrante du principe de primauté du droit communautaire.⁸⁰

Cette responsabilité du fait des lois passe par la consécration du pouvoir du juge administratif pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales qui en est le préalable indispensable. Si la responsabilité de l'Etat législateur pour violation du droit communautaire est admise, quel sera son fondement ? Cette question est d'autant plus intéressante qu'en France, on a entendu parler de la responsabilité pour faute du législateur qui a violé le droit communautaire,⁸¹ alors qu'initialement, la responsabilité de l'Etat législateur est conçue comme une responsabilité sans faute, fondée sur la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

Quoiqu'il en soit, l'avenir reste très attendu au Cameroun en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, que ce soit du fait de l'exécutif, du législatif, ou même, du judiciaire. Le droit comparé pourra à ce sujet constituer une source importante d'inspiration.

Pour conclure, notons que la compétence du juge administratif camerounais pour sanctionner les violations du droit communautaire s'exercera dans le cadre du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale dont bénéficient les autorités des Etats membres dans la mise en œuvre du droit communautaire. Mais, les règles nationales ne doivent pas compromettre l'efficacité du droit communautaire. C'est la raison pour laquelle la Cour de justice des Communautés Européennes a érigé le contrôle juridictionnel effectif en principe général du droit communautaire.⁸²

⁷⁸ Ces dispositions posent l'obligation de fidélité des Etats membres. Voir en ce sens dans l'Union Européenne, M. *Blanquet*, L'article 5 du Traité CEE, recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté, Paris, 1994.

⁷⁹ S.J. *Priso Essawe*, Intégration économique et droit ..., *op. cit.*, p. 393.

⁸⁰ Le contrôle de la conformité d'une loi au droit communautaire de la CEMAC peut-il être opéré par la Cour de Justice de la CEMAC ? Cette question nous est suscitée par l'article 24 de la Convention régissant la Cour de justice du 30 janvier 2009 qui reconnaît à la Cour de justice la compétence, pour contrôler la légalité des actes juridiques des Etats membres par rapport au droit communautaire. La loi est incontestablement un acte juridique d'un Etat membre.

⁸¹ Signalons néanmoins que le Conseil d'Etat français à le 8 février 2007 réfuté cette idée de responsabilité pour faute du législateur.

⁸² CJCE, 15 mai 1986, Aff. 222/84, Rec. P. 1663.

Ce principe suppose, non seulement le droit pour le justiciable, lésé dans son droit, à l'exercice d'un recours, mais également le droit de bénéficier d'une protection juridictionnelle complète. Ce qui implique outre la recevabilité du recours, son examen au fond avec prise en compte de toutes les garanties offertes par le système juridique communautaire, y compris celles que le système national ignore.

2) La problématique d'un renforcement des pouvoirs du juge administratif

Si le juge doit, en sa qualité de juge communautaire, sanctionner les violations du droit communautaire, il doit surtout à l'occasion faire produire à ce droit tout son effet.

L'obligation de fidélité énoncée aux articles 4 du Traité révisé de 2009, 8 de la Convention de l'UMAC de 2008, et 10 de la Convention de l'UEAC de 2009 place à bien des égards l'efficacité du droit communautaire entre les mains du juge camerounais, car elle sera largement tributaire de la qualité des solutions dégagées dans l'ordre juridique national.⁸³ Ainsi, la recherche de l'efficacité du droit communautaire constitue une obligation pour le juge national. Le juge administratif devra donc prendre toutes les mesures qui s'imposent, même si celles-ci vont au-delà de ses pouvoirs, habituellement exercés, non seulement pour garantir la primauté du droit communautaire,⁸⁴ mais aussi pour assurer la protection effective des droits des justiciables tirés des traités.⁸⁵

Ceci étant, l'on peut observer que, la limitation, souvent décriée, de la procédure de sursis à exécution au Cameroun,⁸⁶ la conception extensive de la notion d'acte de gouvernement, telle qu'adoptée par le juge administratif camerounais,⁸⁷ et même la lenteur de la justice administrative camerounaise⁸⁸ etc., pourraient constituer des

⁸³ J. Kenfack, « Le juge camerounais à l'épreuve ... », *op. cit.*, p. 70.

⁸⁴ Expressément consacrée par l'article 44 du Traité révisé du quel il ressort que les actes communautaires « sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».

⁸⁵ A. Barav, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, pp. 1-20.

⁸⁶ C. Keutcha Tchapnga, « Le régime juridique du sursis à exécution dans la jurisprudence administrative camerounaise », *JP*, n° 38, 1999, pp. 83-92. Signalons néanmoins que cette procédure a connu, avec la loi n° 2006/022 sur les Tribunaux Administratifs, une petite avancée : la décision de sursis ne sera plus soumise à l'avis conforme du ministère public, comme l'exigeait l'article 16, alinéa 2 de l'ordonnance n° 75/17 du 08 décembre 1975 fixant la procédure devant la Cour Suprême statuant en matière administrative, mais à des simples « conclusions du ministère public », cf. article 30 de la loi n° 2006/022.

⁸⁷ CS/CA, 24 avril 1980, *Essougou Benoît*. Le juge administratif a ici fondé la définition de l'acte de gouvernement sur la notion de mobile politique qui est très dangereuse pour les droits et libertés, n'importe quel acte pouvant être érigé par l'administration en acte de gouvernement. Le juge administratif camerounais s'écarte ainsi de la conception française de l'acte de gouvernement qu'il avait d'ailleurs auparavant adoptée (CS-CA, 31 mai 1979 *Kouang Guillaume Charles c/Etat du Cameroun*, 29 novembre 1979, *Essomba Marc Antoine* et, 29 mai 1980, *Monkam Tientcheu David* ; l'espèce *Essougou Benoît* constituait donc un revirement jurisprudentiel). Cette conception limite l'acte de gouvernement aux actes concernant les rapports entre le gouvernement et le parlement d'une part, et d'autre part les actes mettant en cause les rapports entre le gouvernement et un Etat étranger ou un organisme international. Pour plus de connaissance, lire M. Kamto, « Acte de gouvernement et droits de l'homme au Cameroun », *Lex Lata*, n° 26, 1996, pp. 9-14.

⁸⁸ Comme l'a relevé à juste titre *Cavallini*, « à une époque où le temps devient une donnée économique considérable, peut être la plus importante, une sanction à posteriori d'un comportement illicite au regard du droit communautaire est d'un faible intérêt. », J. *Cavallini*, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire : les contentieux français et anglais*, Bruxelles, 1995, p. 5.

obstacles à la protection juridictionnelle efficace des ressortissants communautaires et donc à l'efficacité du droit communautaire.⁸⁹ Aussi et surtout, l'exigence faite au juge administratif d'assurer l'efficacité du droit communautaire rend l'environnement favorable à l'acceptation du pouvoir d'injonction du juge administratif (a) et à un approfondissement de l'intensité du contrôle en excès de pouvoir (b).

a) Un environnement favorable à l'acceptation du pouvoir d'injonction du juge

La consultation de quelques décisions rendues par le juge administratif camerounais montre l'obéissance de ce dernier vis-à-vis du principe de prohibition des injonctions à l'administration.⁹⁰ Les formules généralement utilisées dans les arrêts restent des plus lapidaires et ne laissent guère de place à une évolution potentielle. Le ton est particulièrement péremptoire, comme si le juge administratif entendait compenser la faiblesse du raisonnement par la fermeté de l'affirmation, et symboliser ainsi sa propre conception des relations d'un juge et d'une administration⁹¹ : « le juge administratif ne peut sans commettre un excès de pouvoir faire des injonctions à l'administration ». Cette formule du juge administratif dans un arrêt du 30 avril 1968⁹² est fort illustrative à propos.

Ce refus d'adresser des injonctions à l'administration est incompatible avec le contrôle juridictionnel effectif. En effet, le juge administratif ne peut sans compromettre l'efficacité du droit communautaire refuser d'adresser des injonctions à l'administration, lorsque la nécessité se présente. Que deviendrait par exemple, la compétence reconnue au juge national par l'article 6 du règlement n° 4/99, de faire obstacle à l'octroi d'une aide non notifiée ou mise à exécution sans attendre la décision du CRC, si le juge ne peut enjoindre à l'administration de récupérer l'aide jugée illégale ? A titre de droit étranger, avant que le pouvoir d'injonction du juge administratif français ne soit consacré en 1995, la CJCE⁹³ avait déjà auparavant consacré au profit du juge national, un pouvoir d'injonction au nom de, la nécessaire efficacité du droit communautaire.

En effet, lorsque est en cause l'application du droit communautaire et que la solution adéquate consiste dans une injonction à adresser à l'administration, les juridictions devraient se reconnaître le pouvoir de la lui adresser. C'est dans ce sillage que les rédacteurs de la Convention de Libreville du 30 janvier 2009 régissant la Cour de justice de la CEMAC ont reconnu à la Cour de justice le pouvoir de prononcer des

⁸⁹ Parlant spécifiquement du sursis à exécution, signalons à titre de droit comparé que le droit communautaire a eu dans ce domaine un impact considérable sur les pouvoirs du juge administratif français. Cf. J. Schwarze, *Le droit administratif ...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

⁹⁰ Il s'agit d'un principe classiquement consacré en France et qui a facilement trouvé application au Cameroun. Ce principe fait interdiction au juge d'adresser des injonctions à l'administration.

⁹¹ Sur la question en France, voir F. Moderne, « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », RFDA, n° 6(5), 1990, pp. 117-118.

⁹² CFJ/CAY, Arrêt n° 37 du 30 avril 1968, *Nyandja Félix c/République du Cameroun*. Voir dans le même sens l'arrêt n° 42 du même jour, *Ekwalla Edoubé Eyango Stéphane c/Etat du Cameroun*.

⁹³ Arrêt Factortame CJCE, 19 juin 1990, Aff. C-213/89, AJDA, 1990, p. 832.

astreintes à l'égard non seulement des organes et institutions de la Communauté, mais aussi des Etats membres.⁹⁴

La plénitude de compétence du juge administratif en sa qualité de juge communautaire entraînerait donc à son profit un pouvoir d'injonction. Elle peut également entraîner un approfondissement de l'intensité du contrôle en excès de pouvoir.

b) Un environnement favorable à l'approfondissement de l'intensité du contrôle en excès de pouvoir

Avec l'exigence communautaire du recours juridictionnel efficace, l'on peut s'interroger de savoir quel sera le degré d'intensité du contrôle du juge et l'étendue de ses pouvoirs. Le juge doit-il exercer un contrôle minimum⁹⁵, normal ou maximum⁹⁶? Disposera-t-il de simples pouvoirs d'annulation ou de pouvoirs de pleine juridiction?

A titre de droit étranger, le Conseil d'Etat français dans un contentieux de la police des étrangers,⁹⁷ prenant acte des impératifs du droit communautaire, a estimé indispensable d'abandonner le contrôle restreint qu'il exerçait jusqu'alors au profit d'un contrôle normal. Il a donc dans la logique du recours juridictionnel effectif jugé le contrôle maximum plus à même d'assurer le plein effet du droit communautaire.

A la question de savoir quelle sera l'étendue des pouvoirs du juge, l'exigence d'un recours juridictionnel effectif pourrait ne pas être compatible avec une limitation des pouvoirs du juge à la simple annulation. Ayant plénitude de compétence, le juge devrait, au besoin, procéder à un contrôle de « pleine légalité ou un contrôle complet de la légalité »⁹⁸. Ainsi, son office ne se limitera pas forcément à l'annulation de l'acte, car il pourra au-delà substituer sa propre décision à celle de l'administration annulée.⁹⁹

Avec l'exigence d'efficacité du droit communautaire, il est donc probable que le recours pour excès de pouvoir se replie au bénéfice du recours du plein contentieux.¹⁰⁰

⁹⁴ Cf. article 25, alinéa 2 de la Convention.

⁹⁵ Ici, le juge contrôle la matérialité des faits (moyens d'illégalité externe et interne), et ses pouvoirs sont limités en matière de qualification des faits. Ce contrôle s'exerce généralement lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

⁹⁶ Ici, le juge contrôle la matérialité des faits et la qualification des faits. Il est ainsi amené à vérifier, non seulement l'opportunité de la mesure, mais aussi et surtout sa proportionnalité. C'est les cas, en matière de compétence liée de l'administration.

⁹⁷ En l'espèce, le contentieux du refus de la carte de séjour pour motif d'ordre public. CE, 24 octobre 1990, *M. Ragusi*, AJDA, 1991, p. 322, cité par J. *Schwarze*, *Le droit administratif...*, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁸ L. *Sermet*, *Convention Européenne...*, *op. cit.*, p. 160.

⁹⁹ C'est à ce niveau que se trouve la principale différence entre le recours pour excès de pouvoir dans lequel l'office du juge se limite à l'annulation de l'acte, le pouvoir revenant à l'administration de le refaire, et le recours de plein contentieux objectif dans lequel le juge après l'annulation a lui-même le pouvoir de refaire l'acte. C'est la raison pour laquelle ce dernier est jugé plus efficace que le premier car il procure des résultats plus concrets et certains en même temps qu'immédiats.

¹⁰⁰ Par exemple, conformément à l'article 6 du règlement n° 4/99 précité, pour que le juge administratif dispose des moyens nécessaires, pour ordonner la restitution d'une aide illégale, il faudra que soit introduit un recours de plein contentieux.

En effet, au fur et à mesure de l'évolution du droit communautaire, de nombreux droits des justiciables proviendront de l'ordre juridique communautaire, qui à travers son exigence de protection juridictionnelle efficace serait plus ouvert au recours de plein contentieux qu'au recours pour excès de pouvoir. La tendance est déjà pratiquement observable en France, où sous l'influence de l'Europe, le recours pour excès de pouvoir est progressivement absorbé par le recours de plein contentieux, au point qu'il est considéré sinon comme « frappé à mort », du moins comme s'éclip-sant au profit de ce dernier.¹⁰¹

Aussi, le législateur communautaire de la CEMAC est favorable au développement du recours de plein contentieux objectif. Ainsi peut-on lire à l'article 41 du règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques anticoncurrentielles, que « la Cour statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles le Conseil Régional fixe une amende ou une astreinte [...] ». Cet article désigne très explicitement le recours de plein contentieux comme celui par lequel les décisions du Conseil Régional peuvent être déférées devant le juge, alors que le droit commun n'aurait fait aucun obstacle à leur contestation par la voie du recours pour excès de pouvoir, la question étant essentiellement une question de légalité.

Cette tendance se traduit par la volonté de soumettre certains litiges intéressant la légalité à un contrôle juridictionnel qui soit le plus complet possible.

Au total, la fonction communautaire du juge administratif lui conférerait des pouvoirs importants. Au regard de cela, on s'est posé la question de savoir, si c'est en tant qu'organe d'un Etat membre ou organe communautaire que le juge national sanctionne les violations du droit communautaire. Sans entrer dans cette discussion doctrinale, constatons seulement que le droit communautaire conduirait une revalorisation fondamentale de la fonction juridictionnelle.¹⁰²

Des inquiétudes se présentent cependant quant à la capacité du juge administratif camerounais à faire bonne application du droit de la CEMAC. Le parcours de ses décisions, rendues en d'autres circonstances, « amène à conclure à l'unité de régime entre les normes communautaires et les normes du droit international »¹⁰³. Ce qui est une approche incorrecte, ignorant la spécificité du droit communautaire par rapport au droit international classique.¹⁰⁴

Aussi, dire que le juge national est juge de droit commun du droit communautaire ne signifie pas qu'il connaît de toutes les questions relatives au droit communautaire. D'abord, le juge national, en l'occurrence le juge administratif est juge de l'administration nationale et pas juge de l'administration communautaire. Il appartient, de manière générale, à la Cour de justice, de contrôler l'action des autorités communautaires. De même, les pouvoirs du juge national sont limités par la procédure de renvoi préjudiciel. C'est dire que l'impact du droit communautaire sur la compétence du juge administratif n'est pas que positif. Il existe aussi un impact négatif.

¹⁰¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 7^e éd., Paris, 1998, p. 202.

¹⁰² Cf. G. Canivet, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, n° 20-21/1992, pp. 143-154.

¹⁰³ J. Kenfack, « Le juge camerounais à l'épreuve ... », *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁴ D'où la nécessité d'une formation des juges camerounais au droit communautaire.

II Le partage des chefs de compétence du juge administratif

Objectivement, l'implication de l'Etat et des autres personnes morales de droit public dans un litige fait *a priori* penser à la compétence de la juridiction administrative. Le législateur a toutefois limité cette compétence du juge administratif en conférant certains litiges au juge judiciaire.¹⁰⁵

Cette répartition est aujourd'hui affectée par le droit communautaire, duquel on déduit d'autres acteurs de règlement des litiges intéressant les personnes publiques. C'est alors que, contrairement à ce que l'on pourrait croire à la lecture de l'article 2 de la loi n° 2006/022 précitée, le juge administratif n'est pas seul compétent pour connaître des litiges relatifs aux actes administratifs. Il existe des possibilités que certains litiges relatifs aux contrats administratifs¹⁰⁶ et aux actes administratifs unilatéraux¹⁰⁷ puissent échapper à la compétence du juge administratif et être confiés à d'autres acteurs. On note alors à côté du juge administratif, d'une part la présence des structures communautaires,¹⁰⁸ dont la plus importante ici est la Cour de justice

¹⁰⁵ Cf. les articles 2 et 3 de la loi n° 2006/022 précités à l'introduction.

¹⁰⁶ En effet, pour atteindre ses fins, l'administration dispose de deux procédés. Soit elle agit de manière unilatérale, soit elle agit de manière contractuelle. Dans le premier cas, on parle d'actes administratifs unilatéraux, alors que dans le second, il est question de contrats. Le procédé contractuel permet à l'administration de faire intervenir d'autres partenaires dans son action. Le contrat de l'administration sera considéré comme contrat de droit privé, lorsqu'il aura été passé dans les mêmes conditions que ceux des particuliers, et contrat administratif lorsque sa conclusion se sera opérée dans le cadre du régime exorbitant de droit commun. S'il revient au juge judiciaire de trancher les litiges résultant des contrats de droit privé de l'administration, c'est au juge administratif qu'incombe, conformément à l'article 2 précité, la connaissance des litiges relatifs aux contrats administratifs. La difficulté majeure reste toutefois de savoir comment identifier un contrat administratif. La loi et la jurisprudence se déploient pour apporter des solutions à la question. Ainsi un contrat peut être administratif par détermination de loi (c'est le cas des marchés publics règlementés par le Décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004). Pour définir un contrat d'administratif, la jurisprudence retient le critère organique et les critères alternatifs. Parlant du critère organique, la jurisprudence considère que : un contrat conclu entre deux personnes publiques a nécessairement un caractère administratif ; un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée peut être un contrat administratif, à condition que s'y ajoute un critère alternatif ; un contrat conclu entre deux personnes privées est en principe un contrat de droit privé. S'agissant des critères alternatifs, la jurisprudence en distingue deux. C'est alors qu'un contrat peut être administratif, soit en raison de la participation à l'exécution même d'un service public, soit en raison de l'existence d'une clause exorbitante de droit commun. Pour plus de connaissance sur la question, lire R. Chapus, *Droit administratif général*, 13^e éd., t. 1, Paris, 1999, pp. 518-541.

¹⁰⁷ L'acte administratif unilatéral a été défini par le juge administratif camerounais dans l'arrêt *Ngongang Njanke Martin* (CFJ/AP, 20 mars 1968) comme étant un « acte juridique pris par une autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir administratif et créant des droits et des obligations pour les particuliers ». Cette définition lacunaire est restrictive de la compétence du juge administratif et par conséquent appelée à évoluer. Lire à cet effet, C. Keutcha *Tchapnga*, « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », JP, n°41, 2000, pp. 85-86.

¹⁰⁸ Le droit communautaire organise, dans des hypothèses bien précises, la compétence des autorités communautaires pour contrôler l'action de l'administration. C'est le cas par exemple du droit communautaire de la concurrence qui fixe la compétence des organes communautaires pour contrôler les actes des autorités publiques nationales pris en viola-

(A) et d'autre part la possibilité de recours aux modes alternatifs de règlement des litiges (B).

A La compétence de la Cour de justice pour contrôler la légalité des actes nationaux

L'une des critiques qui fut longtemps dirigée contre les organisations d'intégration régionale en Afrique est l'absence en leur sein d'un organe juridictionnel devant assurer la garantie des normes communautaires.¹⁰⁹ Cette faille a été comblée en zone CEMAC depuis la Convention de Libreville du 5 juillet 1996 régissant la Cour de justice de la CEMAC¹¹⁰. Comparée aux juridictions d'autres organisations d'intégration, cette Cour présentait une singularité. En effet, dans l'Union Européenne comme dans l'UEMOA, on distingue depuis longtemps la Cour de justice de la Cour des comptes. Or la Cour de justice de la CEMAC fédérait les deux Cours, la Chambre judiciaire, correspondant à la Cour de justice et la Chambre des comptes faisant office de Cour des comptes. La situation a officiellement évolué depuis le 30 janvier 2009, avec la création d'une Cour de justice désormais indépendante de la Cour des comptes.¹¹¹

La Cour de Justice de la CEMAC (CJC) a un rôle déterminant à jouer dans le respect du droit en Afrique centrale.¹¹² Dans cette mission, en ce qui concerne le respect du droit communautaire par les Etats membres, la Convention de 2009, régissant la

tion des règles communautaires sur la concurrence, notamment celles concernant les marchés publics, les monopoles légaux et les aides étatiques. Cf. règlement n° 4/99 précité, sur les pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres. S'agissant particulièrement des marchés publics, signalons que les autorités publiques des Etats membres devront, chaque fois qu'elles auront à passer un marché public, respecter les règles communautaires concernant la publicité et la mise en concurrence des marchés. Le non respect de ces règles pourra donner lieu à un contentieux qui relève de la compétence exclusive des autorités communautaires. Cf. articles 17 et 18 du règlement n° 4/99 précité. A travers cette compétence exclusive des autorités communautaires, le droit de la concurrence de la CEMAC marque sa différence avec celui de l'Union Européenne. En effet, le juge administratif français est compétent pour sanctionner le manquement, par l'administration française, aux obligations communautaires de publicité et de mise en concurrence des marchés publics.

¹⁰⁹ M. Kamto, « La Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC), une Communauté de plus ? », *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, XXXIII, 1987, pp. 839-862.

¹¹⁰ La conférence des chefs d'Etats avait fixé en sa séance du 25 juin 1999 le siège de cette Cour à N'Djamena au Tchad.

¹¹¹ Il existe donc aujourd'hui une Convention de Libreville du 30 janvier 2009 régissant la Cour des comptes de la CEMAC et une Convention de Libreville du 30 janvier 2009 régissant la Cour de justice de la CEMAC. La Convention régissant la Cour de justice qui comprend cinq titres portant respectivement sur les dispositions générales, le statut des membres de la Cour, l'organisation de la Cour, les compétences de la Cour et les dispositions financières, diverses et finales, ne fixe pas clairement les règles applicables devant la Cour de justice. On peut donc logiquement penser que les règles de procédure devant la Cour de justice de même d'ailleurs que devant la Cour des comptes seront adoptées.

¹¹² Conformément à l'article 22 de la Convention, la Cour de justice a une triple fonction juridictionnelle, consultative et d'administration des arbitrages dans les matières relevant du droit communautaire.

Cour ne s'est pas contenté de consacrer la procédure de recours en manquement.¹¹³ Elle surprend en affirmant clairement la possibilité pour la Cour de contrôler la légalité des actes nationaux, notamment lorsque ces actes sont pris en rapport avec le droit communautaire. La Convention en a dégagé quelques modalités (1). Mais, elle ne se prononce malheureusement pas sur la répartition des compétences entre la CJC et le juge national, juge de droit commun du droit communautaire (2).

1 Les modalités de contrôle par la Cour

La Convention fixe non seulement le cadre de ce contrôle (a), mais aussi les moyens d'annulation ainsi que les conséquences de cette annulation (b)

a Le cadre du contrôle

De prime à bord, il est judicieux de se poser la question de savoir quels sont les actes nationaux susceptibles d'être contrôlés par la Cour de justice ? La Convention ne donne pas de solution précise à la question. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 24 de la Convention régissant la Cour pourrait constituer une source d'inspiration. Il est ici fait état d'« acte juridique d'un Etat membre ». Or, il est incontestable qu'un acte juridique peut être un acte de l'exécutif (un acte administratif par exemple), un acte législatif ou même un acte judiciaire.

Conformément à l'article 24 de la Convention régissant la Cour,¹¹⁴ le contrôle des actes nationaux par la CJC peut s'opérer soit par voie directe, soit par voie d'exception. Le contrôle est dit direct lorsqu'il s'opère à la suite d'un recours en annulation. Il se déduit d'une interprétation de l'article 24, alinéa 1 de la Convention régissant la CJC, qui dispose que « la Cour connaît sur recours de tout Etat membre, de toute Institution, Organe ou Institution spécialisée de la CEMAC ou de toute personne physique ou morale, qui justifie d'un intérêt certain et légitime, de tous les cas de violation des dispositions des Traités de la CEMAC et des Conventions subséquentes ».

Les cas de violation, dont il est question dans cet article, concernent-ils uniquement les institutions communautaires ou également les autorités nationales ? Le texte ne donne pas de précision à ce sujet. Mais, une analyse minutieuse de cet article permet de conclure que les rédacteurs de la Convention ont entendu donner une portée large à cette disposition, englobant non seulement les violations par les institutions communautaires, mais aussi par les autorités des Etats membres. Il est question, en effet, de « tous les cas de violation [...] » et non pas seulement des violations par les institutions de la Communauté. Un auteur relevait en ce sens que « la Cour de la CEMAC connaît du contentieux de la légalité des actes communautaires et des actes nationaux par rapport au droit communautaire »¹¹⁵.

Contrairement au contrôle par voie directe, l'exception d'illégalité permettrait alors à toute personne de contester devant la Cour à l'occasion d'un litige la légalité d'un

¹¹³ Cf. article 23 de la Convention de 2009 régissant la Cour. Ce recours reste une innovation en zone CEMAC car contrairement au droit des autres organisations d'intégration comme l'UE et l'UEMOA, qui l'avaient déjà consacré, le droit de la CEMAC ne connaissait pas encore le recours en manquement.

¹¹⁴ Cet article reprend l'article 14 de l'ancienne Convention régissant la Cour de justice de 1996.

¹¹⁵ S.J. *Priso Essawe*, Intégration économique et droit ..., *op. cit.*, p. 361.

acte qu'elle ne pouvait contester par la voie directe d'un recours en annulation. Ce contrôle résulte de l'article 24, alinéa 2 de la Convention régissant la Cour qui dispose que « [t]oute partie peut, à l'occasion d'un litige, soulever l'exception d'illégalité d'un Acte juridique d'un Etat membre, d'une Institution, d'un Organe ou d'une Institution spécialisée ».

A travers cette orientation, les dispositions de la Convention régissant la Cour de justice de la CEMAC se démarquent de celles du Traité des Communautés européennes et du Protocole de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) relatif aux organes de contrôle, qui dans le cadre du contrôle de la légalité par la Cour de justice ne visent expressément que les actes des organes communautaires et pas les actes nationaux. Qu'elle soit saisie par voie directe ou d'exception, la Cour contrôlera la légalité de l'acte déféré à sa censure.¹¹⁶ Les moyens d'annulation ont été prévus par la Convention.

b Les moyens d'annulation et les conséquences de l'annulation

Ce sont les différentes irrégularités qui peuvent atteindre un acte et justifier son annulation. Ils sont aussi appelés cas d'ouverture du recours en annulation pour excès de pouvoir.

Les moyens d'annulation des actes par la CJC sont prévus par l'article 25, alinéa 1 de la Convention. Ce dernier dispose que « statuant en matière de contrôle de la légalité des Actes juridiques de la CEMAC ou d'Actes s'y rapportant,¹¹⁷ la Cour prononce la nullité totale ou partielle des actes entachés de vice de forme, d'incompétence, de détournement de pouvoir, de violation du Traité et des textes subséquents de la CEMAC ou des actes pris en application de ceux-ci ». On constate en effet que les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir devant la Cour de justice sont les mêmes que les cas classiques d'ouverture de ce recours dans le contentieux administratif. Moyens d'illégalité externe : vice de forme et incompétence, moyens d'illégalité interne : détournement de pouvoir et violation de la règle de droit.

Mais ce qui semble intéressant ici, et qu'il faut relever, c'est que ces moyens d'annulation devant la Cour de justice devraient s'appliquer aussi bien aux actes Communautaires, qu'aux actes nationaux pris en rapport avec le droit communautaire.¹¹⁸ En ce qui concerne les conséquences de l'annulation, elles sont prévues par l'alinéa 2 de l'article 25 précité. Il en ressort que « l'Etat membre, [...] dont émane l'acte annulé est tenu de prendre des mesures que comporte l'exécution de l'arrêt rendu par la Cour. Celle-ci a la faculté d'indiquer les effets des actes annulés qui doivent être considérés comme définitifs et de prononcer une astreinte ».

Quel que soit l'originalité qu'elle présente, la compétence reconnue à la Cour de Justice pour contrôler la légalité des actes nationaux ne va pas sans susciter des

¹¹⁶ Article 24, alinéa 4 de la Convention régissant la Cour.

¹¹⁷ En parlant des actes se rapportant au droit de la CEMAC, les rédacteurs de la Convention ont certainement voulu faire référence aux actes nationaux pris en rapport avec ce droit.

¹¹⁸ Mais les rédacteurs de la Convention auraient dû donner davantage de précision sur la mise en œuvre de ces moyens d'annulation. Sur les limites de l'application par la CJC de ces moyens d'annulation, notamment en ce qui concerne les actes nationaux, lire S.J. *Priso Essawe*, Intégration économique et droit ..., *op. cit.*, pp. 362-363.

interrogations, car les rédacteurs de la Convention n'ont pas donné de précision sur la répartition de compétences entre le juge national et la CJC.

2 Imprécision sur la répartition de compétences entre la Cour de justice et le juge national

La compétence de la Cour pour connaître du contentieux de la légalité des actes nationaux pris en violation du droit communautaire invite à se demander, quel sera le domaine de compétence de ce dernier et quel sera celui du juge national, par ailleurs juge de droit commun du droit communautaire ? Il se pose donc un problème de frontière entre la compétence du juge administratif juge de la légalité des actes administratifs par rapport au bloc de juridicité, et celle de la Cour de justice. Les ressortissants des Etats membres pourront-ils saisir l'un ou l'autre des deux juges suivant leur choix ?

On aurait pu penser que le juge national interviendrait en premier ressort et la Cour de justice en dernier ressort. Mais cette observation est remise en cause par l'article 24, alinéa 3 de la Convention régissant la Cour, qui dispose que « la Cour rend en premier et dernier ressort des arrêts sur les cas de violation [...] ». On peut donc reprendre la déception de cet auteur qui mentionnait déjà qu'il est regrettable que les textes communautaires n'aient « pas expressément posé la condition du recours préalable aux juges nationaux, compétents pour connaître de la violation du droit communautaire »¹¹⁹. Une chose est certaine. C'est que la Cour de justice ne saurait logiquement prétendre connaître, de tous les cas violation du droit communautaire par les autorités nationales. Reste donc que la Communauté dans ses interventions textuelles ou jurisprudentielles futures apporte la lumière à cette problématique, notamment en répartissant clairement les compétences entre le juge national et la Cour de justice. Néanmoins, on est justement amené à se poser la question de savoir ce qui peut justifier une telle réticence des rédacteurs de la Convention, à déléguer aux juridictions nationales la compétence pour sanctionner les violations du droit communautaire dans les Etats membres. N'ont-ils pas été frappé par l'état actuel de la justice dans les Etats membres,¹²⁰ caractérisé par la vénalité des juges, la dépendance de la justice par rapport au pouvoir étatique ou encore le manque de moyens financiers ou logistiques des tribunaux ?¹²¹

Quoi qu'il en soit, la compétence de la Cour de justice pour connaître du contentieux des actes nationaux est nécessairement limitée par la nécessité d'une violation du droit communautaire. S'il n'y a pas violation du droit communautaire, seul le juge national est compétent, à moins que cette compétence ait été écartée au profit de l'arbitrage.

¹¹⁹ Cf. *ibid.*, p. 362.

¹²⁰ Voir J. Dubois de Gaudusson, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *Afrique Contemporaine*, n° spécial, 1990, p. 6. B. Boumakani, « Les juridictions communautaires ... », *op. cit.*, p. 67.

¹²¹ Cf. Y.R. Kalieu Elongo et K. Nguenken, « Commentaire des Règlements n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles et n° 4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les Etats membres », *JP*, n° 54, 2003, p. 97.

B La possibilité de recours aux modes alternatifs de règlement des litiges

Aux règles de compétence d'attribution, et parce qu'elles sont d'ordre public, les parties ne peuvent pas déroger. Il s'agit là de l'exclusion des dérogations conventionnelles à la compétence d'attribution. Cette exclusion est toutefois, moins strictement entendue dans l'hypothèse particulière, mais spécialement intéressante, où l'accord des parties a pour objet de soumettre leur litige à l'arbitrage.¹²² L'arbitrage¹²³ n'est cependant pas le seul mode alternatif de résolution des litiges. En font également parties, la médiation, la conciliation¹²⁴ ou la transaction. Au Cameroun, la possibilité de recourir aux modes alternatifs pour résoudre les litiges de droit public est une solution existante depuis l'époque de l'UDEAC (1), qui trouve avec la CEMAC, un terrain propice pour son développement (2).

1 Une solution existante dans l'ordre juridique camerounais

La Convention commune sur les investissements dans les Etats de l'UDEAC faisait déjà allusion aux modes alternatifs comme un moyen de règlement des litiges relatifs aux investissements.¹²⁵ C'est, sans doute, dans cette logique, que ces modes ont toujours existé au Cameroun. Ainsi, le Code des investissements de 1990¹²⁶ qui a été abrogé par la Charte des investissements de 2002¹²⁷, disposait pour le règlement des différends relatifs aux investissements, notamment ceux surgissant entre un investisseur et les pouvoirs publics que « toute entreprise qui se sent l'objet d'un abus administratif peut, si la procédure de conciliation à l'amiable est épuisée, s'adresser à la Chambre Administrative de la Cour Suprême »¹²⁸. La saisine directe du juge administratif était interdite.¹²⁹ Dans la même logique, le Code des marchés publics

¹²² Pour avoir une idée sur les rapports entre arbitrage et droit public, lire, entre autres, Y. Gaudemet, « L'arbitrage, aspects de droit public : état de la question », *Rev. Arbitrage*, 1992, p. 241, J.M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA*, 1995, p. 81, C. Jarrasson, « L'arbitrage en droit public », *AJDA*, 20 janvier 1997, pp. 16-24, L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 20 janvier 1997, pp. 3-9.

¹²³ L'arbitrage est communément défini comme un mode privé de règlement des litiges fondé sur la convention des parties. Il se caractérise par la soumission d'un litige à de simples particuliers choisis par les parties directement ou indirectement. L'arbitre peut être assimilé à un juge, car sa mission se termine par une décision juridictionnelle tranchant le litige, ce qui distingue l'arbitrage des autres modes de règlement alternatifs des litiges que sont, la médiation, la conciliation ou la transaction.

¹²⁴ Signalons que la procédure de conciliation est très souvent prévue à côté de celle d'arbitrage.

¹²⁵ Convention commune sur les investissements dans les Etats de l'UDEAC du 14 décembre 1965, il y a ici certainement une influence des Bailleurs de fonds internationaux, qui étaient quelques mois avant cette convention commune, à l'origine de la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

¹²⁶ Ordonnance n° 90/007 du 08 novembre 1990 portant Code des investissements au Cameroun.

¹²⁷ Loi n° 2002/04 du 19 avril 2002 relative à la Charte sur les investissements en République du Cameroun.

¹²⁸ Article 46 du Code des investissements de 1990. Cette solution n'a pas été expressément reprise par la Charte des investissements de 2002.

¹²⁹ La procédure de conciliation amiable constituait donc un préalable obligatoire à la saisine du juge administratif. La conséquence qui en découlait sur le contentieux administratif

de 2004,¹³⁰ comme la réglementation des marchés publics de 1995,¹³¹ prévoit en son article 91 que « les litiges résultant des marchés publics peuvent, en tant que de besoin, faire l'objet d'une tentative de règlement à l'amiable »¹³².

Cependant, il n'y a pas que les textes nationaux¹³³ qui prévoient le recours aux modes alternatifs pour résoudre les litiges. Il existe des accords internationaux qui vont dans le même sens. On comprend alors le sens de l'article 91 du Code des marchés publics, qui prévoit que des dérogations peuvent être apportées à la procédure de règlement de droit commun des litiges résultant des marchés publics par des accords ou convention de prêt ou d'autres conventions internationales.

C'est le cas des Accords ACP/CE (UE),¹³⁴ qui soumettent le règlement des litiges relatifs aux marchés publics aux modes alternatifs. Ces accords signés par la Communauté Economique Européenne (CEE) et les pays d'Afrique des Caraïbes et du Pacifique (ACP) ont pour objectif de promouvoir et d'accélérer le développement économique, culturel et social des Etats ACP. En vertu de ces Conventions, le Fonds Européen de Développement (FED) finance les marchés de travaux, de fourniture ou de prestation de services en faveur des pays ACP. Ces accords prévoient des procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement des différends entre l'administration d'un Etat ACP et un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service, lorsque lesdits différends portent sur un marché financé par le FED.¹³⁵

C'est également le cas des Accords sur la protection des investissements signés par le Cameroun. En effet, le Cameroun, comme la plupart des pays en voie de développement, constitue un terrain propice aux investissements : construction des routes, des barrages, des ponts, des ports, des universités, des écoles, des hôpitaux, des usines, des complexes sportifs, etc. Pour la réalisation de ces objectifs, des contrats administratifs sont souvent conclus avec des investisseurs,¹³⁶ notamment étrangers. L'intervention de ces investisseurs étrangers pose un problème de méfiance. C'est ainsi que la nécessité s'est faite sentir de signer des Accords visant la protection et la

était l'existence désormais en son sein de deux procédures préalables à la saisine du juge administratif : le recours gracieux préalable déjà bien connu, et la conciliation amiable pour le cas spécifique du règlement des différends relatifs aux investissements. Tout comme pour le recours gracieux préalable, si la phase préalable de conciliation était fructueuse le juge administratif ne sera pas saisi.

¹³⁰ Décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004.

¹³¹ Décret n° 95/101 du 09 Juin 1995 portant réglementation des Marchés Publics.

¹³² Toutefois, la tentative de règlement à l'amiable reste sans incidence sur la procédure de règlement de droit commun, sauf dérogation découlant des accords ou conventions de prêt ou d'autres conventions internationales (article 91, alinéa 2 du Code de 2004.). Les modalités de règlement amiable sont précisées par décret du Premier Ministre (article 91, alinéa 3 du Code de 2004).

¹³³ Signalons que les textes nationaux cités ne sont qu'illustratifs et non exhaustifs. On peut donc identifier dans l'ordre juridique camerounais d'autres textes prévoyant le recours aux modes alternatifs.

¹³⁴ Accord de Lomé (1975-2000) et Accord de Cotonou depuis 2000.

¹³⁵ M. Benarab, « Le règlement des différends entre l'administration d'un Etat ACP et un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services à l'occasion de la procédure de passation ou de l'exécution d'un marché du FED », Les Petites Affiches, n° 153, 1987.

¹³⁶ H.J. Tagum Fombeno, « Regard critique sur le plan de l'arbitrage OHADA », p. 11, <http://www.juriscope.org/actu-juriscope/doctrine/OHADA/ohada.12.pdf>.

sécurisation des investissements. Dans ces Accords, l'arbitrage, précédé d'une procédure de conciliation, est souvent consacré comme moyen de règlement des contestations.¹³⁷ Sur la base de ces accords, les contrats, en principe administratifs conclus entre l'administration et les ressortissants de ces Etats peuvent échapper à la compétence du juge administratif.

Comme on peut le constater, le recours aux modes alternatifs est préféré dans le cadre des relations d'investissement. C'est dans cet esprit qu'évolue le droit communautaire.

2 *Le développement des modes alternatifs en droit public*

En affirmant en son article 5, alinéa 2 que « les Etats encouragent le recours à la procédure d'arbitrage et garantissent l'application des sentences arbitrales », la Charte des investissements de la CEMAC¹³⁸ pose par ailleurs, précisément en son article 4, alinéa 2 que les Etats membres de la CEMAC « adhèrent au Traité de l'OHADA. Ils garantissent l'application des procédures et des arrêts de la cour commune de justice et d'arbitrage de cette institution régionale. Ils adaptent leur droit national et leur politique judiciaire aux règles et dispositions de l'OHADA ». On peut assez aisément déduire de cette disposition que les Etats membres de la CEMAC s'engagent à respecter le droit de l'arbitrage mis en place par l'OHADA.¹³⁹ Ce droit s'applique indistinctement à toute personne physique ou morale, de droit privé ou public.¹⁴⁰

S'agissant plus spécifiquement des personnes publiques, l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage dispose que « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». La règle vise aussi bien l'arbitrage interne que l'arbitrage de droit international. Si la participation de l'Etat et des autres personnes morales de droit public à l'arbitrage constitue une tendance contemporaine de l'arbitrage international privé que l'acte uniforme confirme, la solution pour l'arbitrage interne¹⁴¹ est révolutionnaire au regard du droit classique de l'arbitrage.¹⁴²

¹³⁷ Cf. F. *Meyap Foguen*, La personne morale de droit public, partie à l'arbitrage, Mémoire Maitrise, Université de Dschang, 1998-1999, pp. 13-14.

¹³⁸ Règlement n° 17/99/CEMAC-020-CM-03 du 17 décembre 1999.

¹³⁹ Sur l'arbitrage OHADA, voir P.G. *Pougoue*, J.M. *Tchakoua* et A. *Feneon*, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Yaoundé, 2000.

¹⁴⁰ L'article 21 du Traité OHADA dispose que « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie [...] peut soumettre un différend [...] à la procédure d'arbitrage ».

¹⁴¹ Ici, le principe était celui de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les personnes publiques. Ce principe avait un fondement textuel et reposait sur les articles 577 et 36 du Code de procédure civile et commerciale. Ce principe est aujourd'hui entièrement remis en cause par le droit OHADA, qui a fait œuvre originale en érigeant en principe la non prohibition du recours à l'arbitrage par les personnes publiques, même en droit interne.

¹⁴² C. *Keutcha Tchapnga*, « Désétatisation et nouvelle configuration du pouvoir en Afrique subsaharienne », Afrique Juridique et Politique, La revue du CERDIP, vol. 3, n° 5, 2007, p. 74.

Ainsi, même s'il est vrai que la soumission des personnes publiques à l'arbitrage par le droit OHADA reste inachevée,¹⁴³ il n'en demeure pas moins vrai que la capacité à compromettre des personnes publiques est désormais érigée en principe. L'arbitre se présente alors désormais comme un juge des litiges intéressant l'administration. D'après l'article 21 du Traité OHADA,¹⁴⁴ « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage ». Le champ du recours à l'arbitrage par les personnes publiques couvre donc les litiges relatifs aux contrats. Ainsi, avec le droit OHADA, le juge administratif pourra se trouver concurrencé par l'arbitre, car il n'est pas exclu que les parties soumettent les litiges relatifs aux contrats administratifs à un règlement arbitral.

Cependant, la solution n'est pas aussi aisée que l'on pourrait le croire. L'article 2 du Traité OHADA énumère les matières du droit des affaires, au rang desquelles ne figurent pas les contrats administratifs. Est-ce pour autant dire qu'ils échappent à l'arbitrage ? Une réponse négative devrait être donnée à cette interrogation. En effet, le préambule du Traité OHADA indique l'esprit et le but tels qu'exprimés par les hautes parties contractantes, à savoir « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ». Le Traité vise ici tous les types de contrat et ne fait aucune distinction entre contrat de droit public et contrat de droit privé. Dès lors qu'un Etat accepte de compromettre, il doit se soumettre à l'arbitrage quel que soit le type de contrat générateur du litige arbitral.¹⁴⁵

En clair, l'Etat ou les autres personnes morales de droit public et leur partenaire peuvent décider de soumettre les litiges relatifs à un contrat administratif non pas au juge administratif, mais à un arbitre. Comme l'a justement relevé Maurice Kamto, « l'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats administratifs ne peut être exclus par principe [du champ d'application du droit OHADA], parce que ce n'est pas la nature, mais l'objet du contrat qui fonde son arbitrabilité »¹⁴⁶.

¹⁴³ Pour plus de connaissance sur la soumission des personnes publiques à l'arbitrage, lire M. Kamto, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », L'OHADA et les autres perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, 2000, pp. 89-101. En plus des lacunes relevées par Kamto, nous pouvons mentionner l'absence d'une réglementation particulière applicable à l'arbitrage incluant les personnes morales de droit public. L'article 2, alinéa 2 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage se borne à émettre le principe de la capacité à compromettre de l'Etat et des autres personnes morales de droit public sans réglementer de façon précise la procédure à suivre pour ce type particulier d'arbitrage. Faut-il induire que l'arbitrage où une personne morale publique est partie relève du droit commun de l'arbitrage, ou les Etats peuvent-ils élaborer un droit propre à ce type d'arbitrage ? Quoiqu'il en soit de nombreuses règles applicables à l'arbitrage des litiges entre personnes privées seraient difficilement applicables à l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques. C'est ce qui justifie que le Conseil d'Etat français soit aujourd'hui fortement préoccupé par la question de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques. Consulter en ce sens le Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage du 13 mars 2007, Rapport initié par le Conseil d'Etat français.

¹⁴⁴ Signé à Port Louis en Iles Maurice le 17 octobre 1993, le Traité OHADA a été modifié le 17 octobre 2008.

¹⁴⁵ M. Kamto, « La participation des personnes morales africaines ... », *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 98.

Toutefois, une question mérite ici une attention particulière. Les arbitres peuvent-ils connaître des litiges engendrés par l'exercice par un Etat de ses prérogatives de puissance publique ?¹⁴⁷ La réponse à cette question est délicate.¹⁴⁸ Pierre Meyer pense qu'une juridiction arbitrale pourrait connaître de tels litiges sans cependant pouvoir juger de la validité ou de l'opportunité des mesures prises par un Etat dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. En conséquence, les arbitres devraient limiter leur pouvoir juridictionnel à la question des réparations dues à une personne privée consécutives à des dommages résultant de l'exercice d'une prérogative de puissance publique.¹⁴⁹

Quoi qu'il en soit, le recours aux modes alternatifs constitue forcément une exception à la compétence du juge administratif. Gérard Marcou relevait déjà ce phénomène du côté de la France où il observait et mentionnait un repli de la compétence du juge administratif.¹⁵⁰ Dans un monde orienté de plus en plus vers les affaires où l'on assiste à une valorisation de l'entreprise privée et du marché,¹⁵¹ avec le développement du phénomène de contractualisation,¹⁵² il n'est pas exagéré de croire que les modes alternatifs de résolution des litiges se développeront, surtout quand l'on sait quelle est la lenteur et la lourdeur des procédures devant le juge étatique.¹⁵³

Conclusion

A l'issue de notre analyse, il apparaît de manière incontestable que la compétence du juge administratif camerounais, à l'épreuve du droit communautaire de la CEMAC, a subi une influence positive et une influence négative.

L'influence positive se traduit par l'extension de la compétence du juge administratif, désormais appelé à exercer non seulement des compétences nationales, mais aussi celles découlant de l'ordre juridique communautaire. Il est désormais revêtu d'une casquette de juge de droit commun du droit communautaire. Pour cela, il lui appartient en principe de sanctionner les actes administratifs pris en violation du droit communautaire. L'efficacité de cette fonction communautaire du juge administratif pose la problématique du renforcement de ses pouvoirs. Le droit communau-

¹⁴⁷ Les prérogatives de puissance publique qui expliquent par exemple que l'Etat contractant puisse décider à tout moment la résiliation du contrat dans l'intérêt du service sont insusceptibles d'annulation juridictionnelle. Cf. M. Kamto, « La participation des personnes morales africaines ... », *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁸ P. Meyer, Commentaire de l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage. Cf. OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002, p. 105.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ G. Marcou, Les mutations du droit de l'administration ..., *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁵¹ C. Keutcha Tchapnga, « Désétatisation et nouvelles configurations du pouvoir ... », *op. cit.*, p. 72.

¹⁵² C. Keutcha Tchapnga, « Les mutations récentes du droit ... », *op. cit.*, pp. 84-85.

¹⁵³ L'arbitrage présente certains avantages : la célérité, dès lors que le prononcé de la sentence arbitrale est enfermé dans les délais impératifs, la souplesse, puisque les parties déterminent ensemble certains aspects de la procédure, l'expertise technique dont peut faire preuve le tribunal arbitral selon la manière dont les parties l'auront composé. Il peut donc constituer un mode de règlement des litiges adapté aux besoins des personnes publiques et de leurs partenaires privés.

taire étant un droit économique apparaît incontestablement, ici, une dimension économique du juge administratif camerounais.¹⁵⁴

Sous un autre angle, l'impact du droit communautaire sur la compétence du juge administratif est plutôt négatif, car ce dernier trouve ses chefs de compétence partagés. Ainsi, certains litiges, bien que résultant des actes administratifs, peuvent échapper à sa compétence, au profit, tantôt des autorités communautaires, tantôt des modes alternatifs. Le juge administratif ne serait donc considéré que comme un acteur de règlement des litiges relatifs aux actes administratifs parmi d'autres. En associant à la compétence du juge judiciaire en matière administrative celle des autorités communautaires et le recours aux modes alternatifs, on est en droit de conclure, avec Jean-Bernard Auby que « la juridiction administrative est de plus en plus concurrencée dans sa fonction d'arrangement des contestations administratives et de contrôle de l'administration »¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Parler d'une dimension économique du juge administratif à l'épreuve du droit communautaire relève d'ailleurs de la logique. Ordre juridique autonome, le droit communautaire trouve son originalité dans les objectifs économiques qu'il vise, en même temps qu'il met en œuvre un ensemble normatif où se mêlent les facteurs économiques et les règles de droit. G. Canivet, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *op. cit.*, pp. 151-157.

¹⁵⁵ J.-B. Auby, « La bataille de San Romano : Réflexion sur les évolutions du droit administratif », RDP, 1998, p. 921.

Tagungsberichte · Conference reports · Rapports de conférences

*Thomas Himmer** / *Robert Owino***

Bericht zur Jahrestagung der Gesellschaft
für afrikanisches Recht e.V. (African Law Association),
Humboldt-Universität zu Berlin, 9.–10.11.2012

Unter dem Dach der Humboldt Universität zu Berlin fand am 9. und 10. November 2012, organisiert durch das Institut für Afrikawissenschaften, die 38. Konferenz der Gesellschaft für afrikanisches Recht statt. Im Gegensatz zu vorangegangenen Jahren wurde die Tagung unter keinem Leitthema vollzogen. Bei der Auswahl der Referenten wurde Wert darauf gelegt, Nachwuchswissenschaftlern die Möglichkeit einzuräumen, ihre abgeschlossenen oder noch andauernden Forschungsprojekte vorzustellen; nur insoweit bestanden daher hinsichtlich derer Vorträge thematische Grenzen. Nachfolgend werden die wesentlichen Inhalte der einzelnen Vorträge vorgestellt.

1. Addressing Typical Risks of Foreign Investments in Africa – 9.11.2012

*Lars Schönwald*¹

Eröffnet wurde die Konferenz mit einer Präsentation von Lars *Schönwald*, in der zunächst das Faktum der steigenden Anzahl der in Afrika zu verortenden Investitionsstreitigkeiten betont wurde. In der Vielzahl an Schiedsstreitigkeiten zwischen Investoren und afrikanischen Staaten vor dem *Internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten* (ICSID) ist ein eindeutiges Zeichen für die mit ausländischen Investitionen in Afrika verbunden Risiken erkennbar. Basierend auf einer Analyse von Schiedssprüchen wurde von *Schönwald* erläutert, dass Korruption, politische Instabilität und vertragliche Nichterfüllungen der Regierungen im Ziel-Investitionsland zu den häufigsten Risikofaktoren zählen, welchen Investoren ausgesetzt sind. Als Lösungskonzept zur Behebung dieser Risiken schlug *Schönwald* vor, bilaterale Investitionsverträge (BITS) zwischen dem betroffenen afrikanischen Staat und dem Heimatstaat der Investoren abzuschließen. Beim Fehlen solcher Verträge verfügen Investoren aber auch anderweitig über die Möglichkeit, sich gegen die beschriebenen Risiken abzusichern. Eine solche Möglichkeit besteht in der Inklusion darauf gerichteter spezifischer Klauseln in die konkreten Investitionsverträge. Zum Abschluss seines Vortrags verdeutlichte *Schönwald*, dass die bekannten und benannten Investitionsrisiken wohl nicht vollständig vermieden werden können. Mit den bereits bestehenden Mechanismen zum Investitionsschutz konnten sie zwar erheb-

* Student der Rechtswissenschaften an der Universität Bayreuth (10. Fachsemester); Studentische Hilfskraft bei Prof. Dr. Ulrike Wanitzek, außerplanmäßige Professorin für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie sowie Recht in Afrika an der Universität Bayreuth.

** Doktorand an der *Bayreuth International Graduate School of African Studies* (BIGSAS); ehemals Masterstudent am *Tanzanian-German Centre for Eastern African Legal Studies* (TGCL) in Dar es Salaam.

¹ Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Passau (Prof. Dr. Hans-Georg Dederer).

lich verringert werden, aber dennoch ist erkennbar, dass das Bedürfnis nach einer Ausweitung der Konfliktlösungsmechanismen des ICSID zur optimierten Bewältigung von Investitionsstreitigkeiten weiterhin besteht.

2. Postersession – 9.11.2012

Erstmals ins Programm der Jahrestagung aufgenommen, konnten in einer eigens eingerichteten Postersession drei ausgewählte Forschungsprojekte ihre aktuellen und zukünftigen Arbeitsfelder vorstellen.

Projekt Nr. 1 *The BRICS Partnership: New Developments with High Potential for Sustainable Development in Africa – BRICS Development Bank* von Werner Mostert (University of Stellenbosch, Law Faculty) beschäftigt sich mit der im März 2012 gegründeten BRICS Entwicklungsbank und hat eine vergleichende Studie der vier regionalen Entwicklungsbanken zum Schwerpunkt. Diese Analyse ist darauf angelegt, die Konzeption und Struktur einer modernen Entwicklungsbank des 21. Jahrhunderts hervorzuheben, welche in der Lage ist, nachhaltige Entwicklung und nachhaltiges Wachstum in Afrika zu fördern.

Forschungsprojekt Nr. 2 *Permanent Sovereignty over Natural Resources* von Sanita van Wyk ist ein Kooperationsprojekt der University of Stellenbosch, Faculty of Law und des CREES Centre (Caspian Region Environmental and Energy Studies) der Freien Universität Berlin. Thematisch befasst sich das Projekt mit der Entwicklung des Rechtsgrundsatzes der ständigen Souveränität über natürliche Ressourcen, wodurch ein Beitrag zur Weiterentwicklung des Völkerrechts und des internationalen Umweltrechts geleistet werden soll.

Forschungsvorhaben Nr. 3 *Judicial Review and Democratization in Francophone West Africa – A Comparative Constitutional Law Analysis* wurde präsentiert von Chadidscha Schoepffer und Lisa Heemann (Justus-Liebig-Universität Gießen). Im Zuge dieses Projekts wird eine Zusammenstellung von vergleichbaren Länderberichten erstellt, welche die Verbindung zwischen Demokratisierung und effektivem gerichtlichem Rechtsschutz aufzeigen und einer Bewertung zugänglich machen soll.

3. Measuring Africa: Towards a Legal Framework for Governance Indicators in Development – 9.11.2012

*Michael Riegner*²

Der Vortrag von Michael Riegner unterzog Entwicklungs- und Governance-Indikatoren, wie sie namentlich in der Entwicklungszusammenarbeit in Afrika verwendet werden, einer rechtlichen Bewertung. Obwohl Indikatoren ein nützliches Werkzeug zur effektiven Entscheidungsfindung – etwa innerhalb der Weltbank – darstellen können, wies Riegner darauf hin, dass Rankings wie z.B. der „Doing Business Index“ politische Wertungen beinhalten und erheblichen Einfluss auf Rechtsreformen in Entwicklungsländern ausüben. Der Vortrag plädierte daher für eine verstärkt in die Tiefe gehende rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit Indikatoren

² Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Justus-Liebig-Universität Gießen; Mitglied der Schumpeter-Forschungsgruppe „Recht und Governance der Entwicklungszusammenarbeit“ (Leiter: Prof. Dr. Philipp Dann); Gastwissenschaftler am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg;
E-Mail: michael.riegner@recht.uni-giessen.de.

und identifizierte drei rechtliche Dimensionen: Recht als Gegenstand empirischer Messung durch Indikatoren, Indikatoren als rechtsäquivalenter Steuerungsmechanismus und Indikatoren als Gegenstand von Recht. *Riegners* Analyse konzentrierte sich im Folgenden darauf, das Verwaltungsrecht der Entwicklungszusammenarbeit als Rechtsrahmen für Information im Allgemeinen und Indikatoren im Besonderen zu rekonstruieren, hob dabei aber auch Unzulänglichkeiten hervor und plädierte für die Weiterentwicklung des bestehenden Rechts zu einem internationalen Informationsverwaltungsrecht.

4. The Katabazi Judgement of the EAC Court of Justice: The Beginning of a Sub-Regional Human Rights System – 10.11.2012

*Jörg Kleis*³

Den zweiten Tag der Konferenz leitete Jörg *Kleis* thematisch mit Ausführungen zum afrikanischen Menschenrechtssystem ein. Dieses wird in der traditionellen Entwicklung in drei Ebenen unterteilt. Zu unterscheiden ist die Ebene der nationalen Verfassungen, die der regionalen Banjul Charta und die der universell geltenden Menschenrechtspakte. Darüber hinaus, so stellte *Kleis* dar, hat sich auf subregionaler Ebene im Rahmen der Integration regionaler Wirtschaftsgemeinschaften in den vergangenen Jahren eine vierte Ebene hervorgetan. Menschenrechte werden zunehmend vom Gerichtshof der westafrikanischen ECOWAS und der ostafrikanischen EAC als Teil des jeweiligen Gemeinschaftsrechts interpretiert und angewandt. Mittlerweile stellt die überwiegende Zahl der anhängigen Verfahren menschenrechtsbezogene Streitigkeiten dar. Der Vortrag beleuchtete diese Entwicklungen für die ostafrikanische Wirtschaftsgemeinschaft EAC anhand der Urteile in den Fällen *Katabazi v. Uganda* aus dem Jahre 2007 und die in den darauf aufbauenden Fällen *IMU v. Kenya*, *Sebalu v. EAC*, *Mwayawasi v. Kenya* und *Rugumba v. Rwanda* vor dem Ostafrikanischen Gerichtshof. Es wurde von *Kleis* mit Hilfe dieser Urteile deutlich gemacht, dass eine Notwendigkeit für aktiven Menschenrechtsschutz besteht und wirtschaftliche Integration nicht ohne einen bestehenden aktiven Menschenrechtsschutz funktionieren kann. Der Vortrag behandelte im Weiteren gleichwohl die sich ergebenden rechtlichen, insbesondere systematischen Probleme und Herausforderungen einer vierten Ebene im panafrikanischen Menschenrechtssystem. *Kleis* schlussfolgerte in einer Bewertung dennoch, dass es sich um eine vielversprechende Entwicklung handelt. Aus seiner Sicht kann eine erfolgreiche Kooperation und Integration des subregionalen Menschenrechtsschutzes in das bestehende Mehrebenensystem nur dann erfolgreich sein, wenn die bestehenden prozessualen Probleme (z. B. Rechtswegerschöpfung) sowie materiellrechtliche Fragen (Menschenrechtsquellen) offen angesprochen und alsbald geklärt werden.

5. Mutual Inclusion: Post-colonialism and the History of International Law – 10.11.2012

*Wilfried Zoungrana*⁴

Wilfried *Zoungrana* legte den Fokus in seiner Präsentation auf die Dichotomie zwischen der eurozentrischen Betrachtung des Völkerrechts und der Anschauung des

³ Ehemals Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Freien Universität Berlin (Prof. Dr. Heike Krieger) und Stipendiat der Diedrich-Naumann-Stiftung.

⁴ Masterstudent der *Willy Brandt School of Public Policy* der Universität Erfurt.

„Third World Approach to International Law“ (TWAIL). In diesem Projekt wird das heutige Völkerrecht nach wie vor in Zusammenhang mit den europäischen Kolonisationsbemühungen des 16. und 19. Jahrhunderts gebracht. Daher bezeichnete der Vortragende TWAIL als ein postkoloniales Projekt, welches darauf ausgerichtet sei, die imperialistischen Instrumente, welche die internationalen Beziehungen noch beherrschten, zu dekonstruieren und zu denunzieren. Im Weiteren unternahm *Zougrana* den Versuch, die durch TWAIL aufgestellten *postcolonial theories* zur künftigen Entwicklung des Völkerrechts zu evaluieren. Der Schwerpunkt wurde dabei auf die Betrachtung der Ziele des TWAIL gelegt. Dort werden unter anderem die Abschaffung des bekannten – als ein Medium der Herrschaftsausübung geltenden – Völkerrechts und die Schaffung einer alternativen, neuzeitlichen rechtlichen Grundlage für globales Regieren verfolgt. *Zougrana* hob überdies das Ziel hervor, die sogenannte „Dritte Welt“ durch Strukturen der gemeinsamen Zusammenarbeit von Armut zu befreien. Die sich an die Präsentation anschließende Diskussion thematisierte den praktischen Nutzen der vorgebrachten Ziele und unterzog deren Mehrwert einer Analyse. Des Weiteren wurde von einigen Zuhörern angeregt, den Gebrauch des Begriffes der „Dritten Welt“ aufgrund seiner überholten Konnotation im Sprachgebrauch des Völkerrechts zu überdenken.

6. Rehabilitating Customary Legal Institutions: Lessons about Limits and Risks from Burundi – 10.11.2012

*Dominik Kohlhausen*⁵

Mit dem Vortrag von *Dominik Kohlhausen* wurde die Tagung inhaltlich abgeschlossen. *Kohlhausen* hob zunächst hervor, dass eine fortwährend ansteigende Zahl an Studien die Anerkennung und Stärkung von tradierten Gerichtsstrukturen empfiehlt. Besonders in ehemaligen Konfliktgebieten soll die Wiedereinsetzung von auf traditioneller Sitte beruhenden Obrigkeiten und Institutionen zu einer nationalen Aussöhnung führen. Die Risiken und Grenzen dieses Vorgehens wurden von *Kohlhausen* in seinem Vortrag anhand des Fallbeispiels Burundi genauer erläutert.

Ursprünglich basierte die traditionelle Gerichtsstruktur Burundis auf „angesehenen Männern“, den sogenannten *bashingantahe*, die in der örtlichen Gemeinschaft verwurzelt und für ihre Integrität bekannt waren. Während der Kolonialzeit wurden den *bashingantahe* weiterhin Positionen im Gerichtswesen als außergerichtliche Streitschlichter, Gerichtshilfen und Laienrichter eingeräumt. Sie standen dennoch immer unter der Kontrolle der politisch dominierenden ethnischen Gruppe der Tutsi.

Nach dem ethnischen Konflikt in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts förderten UN und NGOs die Wiedereinsetzung der ursprünglichen Räte der *bashingantahe*. Die *bashingantahe* wurden durch die zuständigen Agenturen der UN entpolitisiert, das *National Council of bashingantahe* eingeführt und diese Institution in den Übergangsverfassungen von 2001 und 2004 positivrechtlich verankert. Angesichts sich erneut einstellender Privilegierungen der ehemaligen Eliten unter dem Deckmantel der nun verfassungsgemäßen Legitimität des *Councils*, wurden die *bashingantahe* in den darauffolgenden Jahren nach und nach aus dem Rechtssystem vollständig herausgenommen und durch demokratisch gewählte *hill councils* ersetzt. Seit Januar

⁵ Mitarbeiter des *Institute of Development Policy and Management (IOB)* der Universität Antwerpen.

2010 finden die *bashingantahe* daher keine Erwähnung mehr in den Rechtstexten des Landes.

Die Arbeit *Kohlhagens* stützt sich auf Feldstudien aus den Jahren 2007-2011, mit deren Hilfe die Entwicklung der *bashingantahe* im Laufe der Geschichte nachgezeichnet werden konnte. Die Arbeit soll überdies Werte und Reminiszenzen des traditionellen Streitschlichtungssystems Burundis aufzeigen, um diese für zukünftige Prozesse nutzbar machen zu können.

7. Schlussansprache und Ausblick

In seiner Schlussansprache dankte PD Dr. Harald *Sippel* den Referenten für die vielfältigen und bereichernden Einblicke in ihre wissenschaftlichen Arbeiten sowie allen Zuhörern für die regen Diskussionen im Anschluss an die Vorträge. Aus den Diskussionsbeiträgen und Kommentaren konnte mit Sicherheit ein nützlicher Impetus für die weitere Forschung gezogen werden. Im Übrigen erfolgte ein herzlicher Dank an das Institut für Afrikawissenschaften der Humboldt-Universität zu Berlin für die hervorragende Organisation sowohl im Vorfeld, als auch während der Tagung. Geschlossen wurde die Konferenz von *Sippel* mit einem Hinweis auf die wieder regulär unter einem konkreten Leitthema stattfindende Jubiläumstagung zum 40jährigen Bestehen der Gesellschaft für afrikanisches Recht im Herbst 2013.

Buchbesprechungen · Reviews · Compte-rendus de publications

Knowledge Lives in the Lake.

Case Studies in Environmental and Customary Law from Southern Africa

Manfred O. Hinz / Oliver C. Ruppel / Clever Mapaire (eds.)

Namibia Scientific Society, Windhoek 2012, 274 pages, N\$ 450

The collection of case studies is a follow-up of the book *Biodiversity and the Ancestors*¹ by Manfred O. Hinz and Oliver C. Ruppel which was published in 2008. It contains several case studies carried out by LLB and LLM students of the University of Namibia within the framework of the Biodiversity Monitoring Transect Analysis in Africa (BIOTA) Project. This project, funded by the German Ministry for Education and Research, started in 1992 and ended in 2010/2011. BIOTA's objective was the generation of knowledge relevant to decision-makers for the sustainable management of biodiversity. The case studies with a special focus on environmental and customary law are not only a positive contribution to the BIOTA project but moreover suggest innovative theoretical findings about the role of customary and environmental law for sustainable development and conflicts between national and customary law.

The introductory chapter by Manfred O. Hinz argues that customary law forms part of the architecture of global governance regarding climate protection. He refers to Agenda 21 – which he characterizes as a “normative, quasi-constitutional Charter of good governance in matters of sustainable development” (p. 20) – as a guiding instrument for introducing new concepts in sustainable development which accept local structures. Local authorities and indigenous people are key stakeholders in the promotion of sustainable development, which has not been sufficiently acknowledged.

Most of the case studies presented in the book deal with the interconnection of law and policies and the protection of biodiversity as well as the difficulty of accommodating customary law within this context. The case studies disclose that the protection of biodiversity and environmental rights as promoted by the state often clash with traditional concepts and customs, which need to be carefully assessed and require ways to prevent or to deal with these challenges found. The results of field research in the Uukwalundhi Conservancy about the impact of the establishment of communal conservancies on sustainable development confirm the given assumption that communal conservancies not only have a positive effect on the recovery and growth of wildlife populations but can also generate income and jobs for local communities. But it also shows that several conflicts arose at the interface between traditional lifestyle habits and effects of conservation measures, such as human-wildlife conflicts, maladministration of funds, conflicts between agricultural communities and the foraging needs of game, and between the conservancy and rural residents. Acknowledging the benefits of communal conservancies, the author stresses the need to address these challenges through legal reforms and other measures.

¹ Hinz, Manfred O. / Ruppel, Oliver C., *Biodiversity and the Ancestors: Challenges to Customary and Environmental Law*, Windhoek, 2008.

The results of the case studies show that different notions about ownership of land and resources prevail and, hence, that an importation of western concepts to communal areas without accommodating customary structures is flawed. It is imperative to involve all members of the community by adequately explaining policies and laws and by integrating them as a community within the structure. As in several other African countries, land reform has been a controversial issue as foreign legal concepts of ownership, introduced through colonialism, have co-existed with traditional land tenure systems. In many states, the attempt to undertake comprehensive land registration projects has not produced the expected results, has been accompanied by disappointment and anger and led to increasing conflicts about land. The challenge of registering customary land in the Kavango region was researched through a number of interviews and a substantive literature analysis and it is concluded that land registration collides with traditional concepts such as shifting cultivation and communal management of grazing. Furthermore, opposition to registration has been exacerbated by a lack of understanding regarding the operation of the Communal Land Reform Act and the impacts of registration. The author strongly recommends to the Namibian government to consider alternatives to registration. The importation of Western notions of ownership would be foreign and unacceptable to those who live under customary tenure and would, hence, be a “rejected import”.

The difficulty of applying western concepts to areas governed by customary law also becomes obvious in the following case study on biofuel production through contract farming in the Kavango region. Several problems such as security of tenure, the influence of customs on biofuel production, and the idea of paying rent for land being unfamiliar in communal land tenure systems, are identified. The author arrives at the conclusion that farming contracts, which would imply the *de facto* privatisation of communal land, are not compatible with the inherited system of customary land law.

The question about who owns land is closely related to the ownership of resources. Clever *Mapaure* examines the conflicts of laws regarding the ownership of trees and water. The interrelation of customary systems of forest management and the state-initiated system of protecting national forests is analysed using the example of the Kavango region. The community’s perception that they own the trees on communal land is based on traditional values and customary law and this is not compatible with certain government approaches such as the permit system which stipulates that a permit accompanied by a fee is needed to cut down trees. The author emphasizes that the “sacredness of tradition and customs needs to be given due attention when it is juxtaposed with the nature of modern European law” (p. 145). The situation regarding water rights produces similar challenges revealing that the communities’ positions are, in general, contrary to that of the government. Similar to the findings on communal land registration, the author identifies contradictions and internal conflicts of laws in regard to people’s perceptions of the concept of ownership. He concludes that the “described position of members of traditional communities is a clear indication of the legal pluralism in Namibian water law” (p. 227), and stresses that the factual existence of such legal pluralism might be difficult to understand for most government officials and “black-letter lawyer[s]”.

Furthermore, an insufficient integration of Traditional Authorities into water supply management is severely criticised as hindering the achievement of the provision of safe drinking water and sanitation facilities for all. The important role of local institutions was recognised in eco-regional planning and forest conservation and for the

effective implementation and enforcement of conservation laws established at state level. This confirms the view represented by *Hinz* in the introductory chapter that traditional authorities and communities are key stakeholders for successful sustainable development.

It is necessary to formulate clear environmental strategies and policies accompanied by uniformly applied unambiguous legal regulations and incentives. This can be derived from the case study examining the existing legislation and possibility of halting land degradation caused by overgrazing and unsustainable rangeland management in Namibia. The author enunciates recommendations such as the use of land taxes to incentivise rangeland conservation instead of the present subsidy system which is criticised as promoting overgrazing and overstocking. He further urges the uniform application of laws.

Whereas Namibia accounts for a comparatively strong performance in regard to rule of law and political stability, the same cannot be said for Zimbabwe. The question of whether this performance effects biodiversity protection and what role international or regional initiatives can play in this regard is important and has been addressed in a Zimbabwean case study dealing with the impact of political instability and weak performance of rule of law on the protection of wildlife, in particular the endangered black rhino. The author states that international and regional commitments are simply flouted, national legislation does not adequately cater for the protection of the black rhino, and protection and litigation on poaching, illegal hunting and illegal trade are, in most instances, ineffective. These results demonstrate that political concern for the protection of the environment is weak in politically unstable states with a low rule of law standard and the author calls for stricter measures at the international level to curb illegal trade and the creation of regional enforcement agencies to deal with issues such as wildlife poaching.

The realization that balancing environmental protection with customary laws is a sensitive and challenging but inevitable task is also reflected in the discussion of a recent Botswana court case² by Oliver C. *Ruppel* and Sanita *van Wyk*. This case, although denoted as a human rights victory because it establishes the right to water of indigenous communities, illustrates that these rights often clash with the interests of conservation. The failure of the court to address the interests of conservation and particularly the future of human habitation in conservation areas shows that there is still a long way to go to accommodate environmental policies with the rights of traditional communities.

The collection of case studies, including extensive field research in several Southern African regions, provides valuable insights on topics of prevailing importance. The young scholars address, *inter alia*, the rights to land, natural resources and the conflicts of laws, especially customary and state laws, in this respect, and the role of law regarding protection of biodiversity. Field research is an essential instrument to evaluate the effects of laws and policies. Theoretical implications and recommendations deriving thereof are not only helpful in the southern African setting but can also be useful for other states with indigenous communities. Moreover, the results show that it is essential to acknowledge legal pluralism and to understand that the

² *Mosethlhanyane & Matsipane v. The Attorney General of Botswana*, Court of Appeal, Civil Appeal No. CACLB-074-10 Botswana 2011.

simple application of western concepts to communities governed by customary law is most likely to fail. The inclusion of Traditional Authorities and the consideration of and respect for customary practices and structures is a key factor for integrating traditional communities.

Anne Schmidt, Bremen