

**Intangibilité des constitutions : vecteur et conséquence de l'Etat de droit, rôle de l'ingénierie constitutionnelle dans la pérennisation de l'Etat de droit, mise en situation en Afrique. Thème centré sur l'histoire et la pratique**

**Me Jacques Brice MOMNOUGUI, Avocat au Barreau de Bordeaux,  
représentant du Bâtonnier de Bordeaux**

**INTRODUCTION**

Mesdames, Messieurs les Bâtonniers membres de la Conférence des Barreaux de tradition juridique commune,  
Monsieur le Bâtonnier du Cameroun, mon cher Jackson NGNIE KAMGA,  
Honorables et distingués invités,  
Mes Chers Confrères, frères et amis,

Comme le dit un adage africain, « *l'on se sent toujours honoré lorsqu'on est invité à table* » et non lorsqu'on surgit au milieu d'un repas auquel on n'est pas invité.

Je suis véritablement honoré de pouvoir m'exprimer ce jour à ce congrès aux côtés des plus illustres et brillantes personnalités ci-présentes, que je salue.

Je vous prie de bien vouloir accepter les excuses du Bâtonnier de Bordeaux, M. Jacques HORRENBERGER qui n'a pas pu être parmi nous pour des raisons indépendantes de sa volonté.

1

Me permettant quelques amabilités, je voudrais présenter mon Confrère et aîné Me Martin LONGO ainsi que ma chère épouse Gwenaëlle avec lesquels nous constituons la délégation de Bordeaux.

Je voudrais aussi saluer tous mes camarades de l'université de Yaoundé II SOA, si nombreux et dont je voudrais saluer le courage et l'abnégation. Je veux leur adresser ces mots de M. BORNO Louis, homme politique haïtien qui disait : « *Je lutte dans la certitude de triompher* ».

L'histoire nous enseigne qu'elle est une éternelle lutte, un éternel combat. En effet, l'évolution des peuples a conduit les plus forts à dominer les plus faibles et face à la barbarie, face à la caricature des pensées, face à l'injustice sociale, des hommes ont imaginé de proclamer des droits qui fondent une société, une nation, un Etat.

D'abord en Afrique. Bien qu'on ne le dise pas souvent, la première déclaration des droits de l'homme, socle constitutionnel, est la « Charte du Mandén nouveau », proclamée au début du 13<sup>ème</sup> siècle à Kouroukan Fouga, du nom du territoire situé dans le haut bassin du fleuve Niger, entre la Guinée et le Mali actuels.

**La Charte, qui est l'une des plus anciennes constitutions au monde même si elle n'existe que sous forme orale**, se compose d'un préambule et de sept chapitres prônant notamment la paix sociale dans la diversité, l'inviolabilité de la personne

humaine, l'éducation, l'intégrité de la patrie, la sécurité alimentaire, l'abolition de l'esclavage par razzia, la liberté d'expression et d'entreprise.

Le serment du Mandén, que je me permets de reprendre ici était le suivant :

« Dans ce monde.

7. Les anciens nous disent :

« L'homme en tant qu'individu, fait d'os et de chair, de moelle et de nerfs, de peau couverte de poils et de cheveux, se nourrit d'aliments et de boissons. Mais son « âme », son esprit vit de trois choses :

- Voir ce qu'il a envie de voir,
- Dire ce qu'il a envie de dire
- Et faire ce qu'il a envie de faire ;

Si une seule de ces choses venait à manquer à l'âme humaine, elle en souffrirait, et s'étiolerait sûrement.

En conséquence, les chasseurs déclarent :

- Chacun dispose désormais de sa personne,
- Chacun est libre de ses actes,
- Chacun dispose désormais des fruits de son travail ;

Tel est le serment du Manden. »

Ces fondements sont également ceux de nos constitutions modernes que ce soit en Amérique, en Europe ou en Afrique.

L'Etat de Droit, au sens où nous l'entendons est celui dans lequel la constitution est respectée et dans lequel les droits qu'elle garantit, sont effectifs.

2

Pour autant, les constitutions n'ont pas vocation à être intangibles *ad vitam aeternam*, leur modification peut s'avérer nécessaire soit pour prévenir les conflits, soit pour stabiliser ou conforter l'Etat de droit.

Le recours à l'ingénierie constitutionnelle peut s'avérer fort nécessaire.

En effet, selon la définition donnée par l'éminent Professeur Bordelais Jean DUBOIS De GAUDUSSON<sup>1</sup>, l'ingénierie constitutionnelle « *entendue tantôt comme une simple boîte à outils (...)* peut se définir (ndlr) *comme un ensemble de techniques et principes agencé pour atteindre des objectifs (...)* ».

L'ingénierie constitutionnelle consiste donc à utiliser les ressources du droit constitutionnel pour atteindre un but – **mais lequel ?**

**Quand on sait que « l'homme est un roseau pensant », l'on peut prêter mille et un buts à l'ingénierie constitutionnelle, mille et un masques...**

L'accélération des modifications constitutionnelles en Afrique ces dernières années, si elle a pu faire craindre une instabilité politico-juridique, n'est en réalité qu'un épiphénomène de la vie des Etats.

---

<sup>1</sup> Préface de « *L'ingénierie Constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ?* », De Séverin Andzoka Atsimou (Auteur), Harmattan, 2016.

Ainsi, la constitution a été modifiée ces dernières années même dans les démocraties réputées plus expérimentées : France<sup>2</sup>, aux Etats-Unis<sup>3</sup> (constitution régulièrement amendée – débat sur le **deuxième amendement** de la Constitution des États-Unis d'Amérique qui garantit pour tout citoyen américain le droit de porter des armes. Dans sa décision *District of Columbia v. Heller* du 26 juin 2008, la Cour suprême a considéré que l'autodéfense est un élément central du droit.) etc.

La problématique de ces changements est l'incidence qu'ils peuvent avoir sur l'Etat de droit.

L'OHADA est à notre sens, le parfait exemple de ce que peut faire l'ingénierie constitutionnelle pour imaginer un Etat de droit des affaires harmonisé et international.

En effet, en adhérant aux Traités OHADA, les Etats-parties ont utilisé de l'ingénierie constitutionnelle pour créer un Etat de droit des affaires supra national garanti par une intangibilité constitutionnelle (I), mais aussi constituer une Cour de Justice supranationale (II).

## **DISCUSSION**

### **I. L'intangibilité constitutionnelle, vecteur de l'Etat de droit OHADA**

3

#### **A. L'intégration constitutionnelle des traités OHADA dans les constitutions des Etats-parties**

La plupart des Etats-parties au traité OHADA ont fait le choix constitutionnel d'une intégration « **moniste** » des traités dans l'ordre juridique interne ((il y a une continuité entre les deux ordres juridiques à la différence du dualisme - les ordres juridiques interne et international sont hermétiquement séparés, il n'y a pas de contact entre eux, ils évoluent chacun dans leur sphère)

En général, les Constitutions ont attribué aux traités une valeur supra législative. L'énumération de cette disposition semblable à celle de **l'article 55 de la Constitution française** (« *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ») peut servir de repère à comprendre le sens de ladite disposition.

Cette **disposition intangible** des constitutions africaines a permis la signature et la ratification des traités OHADA par chaque Etat-partie.

---

<sup>2</sup>révision constitutionnelle du 23 Juillet 2008

<sup>3</sup> Il fait partie des dix amendements passés le 15 décembre 1791, couramment appelés « Déclaration des Droits » (Bill of Rights). La codification du droit de porter des armes dans le Bill of Rights fut influencée par la peur que le gouvernement fédéral pourrait désarmer le peuple afin d'imposer des règles par l'intermédiaire d'une armée de métier ou d'une milice, puisque l'histoire avait montré la façon dont les tyrans éliminaient la résistance en retirant les armes au peuple et en rendant illégal le fait d'en conserver afin de supprimer les opposants politiques.

Ainsi par exemple :

☞ **Sénégal :**

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/sn/sn015fr.pdf>

Les traités ont valeur supra législative (donc infra constitutionnelle) selon l'article 98 de la Constitution du 7 mars 1963.

*« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »*

☞ **Centrafrique (article 72 de la Constitution du 14 décembre 2015)**

☞ **Les Comores** (15 de la Constitution du 1er Octobre 1978)

☞ **Cameroun** (article 45)

☞ **République Démocratique du Congo** (Valeur supra législative selon l'article 215 de la Constitution du 18 février 2006 révisée par la loi 11/002 du 20 janvier 2011)

☞ **Bénin et autres etc.**

**B. L'absence d'incidence des récentes modifications constitutionnelles sur la pérennité des traités OHADA : le recours à l'ingénierie constitutionnelle**

1. L'analyse des récentes modifications constitutionnelles dans les pays de l'espace OHADA permet de constater une intangibilité des dispositions constitutionnelles relatives à l'admission et à la valeur des Traités

- La dernière Constitution de la **République Centrafricaine** est très récente. Elle est la huitième Constitution de l'histoire du pays. Elle a été adoptée le 14 décembre 2015. La Constitution conserve la limitation du nombre de mandats présidentiels à deux, instituée par la constitution précédente et créé une Haute Cour de Justice. Elle a été promulguée le 27 mars 2016, trois jours avant l'investiture du nouveau président, Faustin-Archange Touadéra, élu à l'issue de l'élection présidentielle centrafricaine de 2015.

**Elle n'a entraîné Aucune incidence sur le traité OHADA révisé signé à Québec qu'elle a ratifié le 15 septembre 2009.**

- La Constitution du 11 juin 1991 du **Burkina Faso** a été récemment révisée par deux lois du 18 mai 2012 et du 11 juin 2012 : **aucune incidence sur le droit OHADA** puisque la République du Burkina Faso a signé le traité révisé à Québec et l'a même ratifié le 28 Aout 2009.
- Le **Cameroun** : la révision constitutionnelle de 2011, n'a pas remis en cause le Traité OHADA.
- **La Cote d'Ivoire** : Nouvelle Constitution du 8 novembre 2016 - pas d'incidence sur le droit OHADA, pas de révocation.

• **La République Démocratique du Congo :**

La Constitution de 2006 a été révisée par la loi 11/002 du 20 janvier 2011, qui a modifié les articles 71, 110, 126, 149, 197, 198, 218 et 226. Pour autant, aucune atteinte au traité OHADA.

2. Les Traités OHADA (art. 62) ne prévoient pas une clause de retrait unilatérale ce qui en garantit également pérennité, bien qu'une faculté de dénonciation soit prévue

Article 62 : « *Le présent Traité a une durée illimitée. Il ne peut, en tout état de cause, être dénoncé avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur.*

*Toute dénonciation du présent Traité doit être notifiée au gouvernement dépositaire et ne produira d'effet qu'une année après la date de cette notification. »*

Tout d'abord, le traité OHADA ne peut s'éteindre par la durée du temps puisque l'article 62 du traité dispose que sa durée est illimitée.

S'agissant de la volonté des parties, l'article 62 du Traité OHADA prévoit une dénonciation mais se garde bien de préciser ses modalités, son examen et sa recevabilité.

On peut ainsi dire qu'en usant de leurs prérogatives constitutionnelles les Etats-parties au Traité OHADA ont consacré un Etat du droit des Affaires harmonisé et international.

5

En cela l'ingénierie constitutionnelle a été vectrice de l'Etat de droit.

Au demeurant la pérennité de cet Etat de droit des affaires est également garantie par l'institutionnalisation d'une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage supranationale.

**II. Le recours à l'ingénierie constitutionnelle par la reconnaissance d'une juridiction supranationale des affaires : la CCJA**

**A. Statut de la CCJA**

Selon l'Article 14 du Traité OHADA (révisé) :

« *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions.*

*La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus.*

**Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.**

*Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux.*

*En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond. »*

Article 15 :

*« Les pourvois en cassation prévus à l'article 14 ci-dessus sont portés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale **statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes.** »*

Article 16 :

*« **La saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation** engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Toutefois cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution.*

*Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire. »*

Par ailleurs, l'article 20 du traité constitutif de l'OHADA prévoit que :

*« Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage **ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.** Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution sur le territoire d'un Etat partie ».*

6

## **B. Intégration constitutionnelle de la CCJA**

En adhérant au Traité OHADA les Etats-parties ont encore recouru à l'ingénierie constitutionnelle pour déléguer la compétence suprême du contentieux du droit des Affaires à un législateur supranational.

**Il a donc fallu, constitutionnellement, délester les Cours suprême nationales de leurs attributions et partant le pouvoir judiciaire.**

Certains Etats ont justifié ce « délestage électrique » de la compétence de leurs Cours suprêmes, par l'objectif « **de réaliser l'unité africaine** ».

Ainsi,

☞ **Article 96 de la Constitution sénégalaise :**

*« La République du Sénégal peut conclure avec tout Etat africain des accords d'association ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine. ».*

☞ **Article 124 de la Constitution ivoirienne :**

*“La République de Côte d'Ivoire peut conclure des accords d'association ou d'intégration avec d'autres Etats africains **comprenant abandon partiel de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine.***

*La République de Côte d'Ivoire accepte de créer avec ces Etats, des organisations intergouvernementales de gestion commune, de coordination et de libre coopération.”*

Dans son Avis du 16/12/1993, la Cour Constitutionnelle sénégalaise du 16/12/1993, n° 3/C/93, Penant n° 827, p. 225, note Alioune SALL. (<http://www.ahjucaf.org/Introduction,6653.html>), saisie de la question de LA CONFORMITÉ DES DISPOSITIONS DES ARTICLES 14, 15 ET 16 DU TRAITE AVEC L'ARTICLE 3 DU PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DU SÉNÉGAL a décidé que :

*« Bien que les articles 14 à 16 du Traité OHADA réduisent les attributions de la Cour de cassation sénégalaise telles qu'elles sont définies par l'article 82, alinéa 3 de la Constitution, ils sont compatibles avec l'article 3 du Préambule qui dispose que le peuple sénégalais, soucieux de préparer l'unité des Etats de l'Afrique et soucieux d'assurer les perspectives que comporte cette unité ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'unité africaine d'autant plus que le Traité OHADA, dans son Préambule, ne prescrit des limitations de compétence nationales qu'en vue d'accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine. »*

L'on peut dire à l'aune de cette décision, que les Cours constitutionnelles elles-mêmes ont eu recours à l'ingénierie constitutionnelle pour valider l'abandon de souveraineté judiciaire nationale au profit de la CCJA.

7

## CONCLUSION

Au terme de notre développement l'on put dire que l'ingénierie constitutionnelle a permis la mise en place effective d'un véritable Etat de droit des affaires dans l'espace OHADA.

Cet Etat de droit supranational est rendu vivant par l'existence d'un Etat de droit juridictionnel au sein des Etats-parties, sans lequel la saisine de la juridiction suprême serait une gageure.

Même si beaucoup reste à faire et que l'OHADA ne fasse pas nécessairement l'unanimité, on ne peut que saluer l'absence d'incidence des réformes constitutionnelles récentes, sur le Traité OHADA qui a donc traversé toutes les crises constitutionnelles.

N'oublions jamais, comme le disent quelques-uns de nos proverbes :

Que « *Sans le baobab, le corbeau n'aurait pu voir l'étendue de la savane* » - l'OHADA est notre Baobab pour maintenir un Etat de droit des affaires ;

Qu'un « *Un sac vide ne tient pas debout tout seul* » - Il nous appartient nous Avocats de contribuer par notre pratique professionnelle au maintien de l'Etat de droit des affaires ;

Que « *Lorsque les éléphants se battent, ce sont les herbes qui en souffrent* » - il nous appartient de prévenir, à travers l'ingénierie constitutionnelle, la paix et la stabilité sans lesquelles aucun développement n'est possible,

Que « *celui qui avale une noix de coco doit faire confiance à son derrière* »,  
que nos agissements ont toujours des conséquences, en premier sur nous-mêmes !

Vive la CIB !

Vive le Jumelage entre le Barreau de Bordeaux et le Barreau du Cameroun !

Je vous remercie de votre attention.