LOGOS

REVUE MAROCAINE D'HISTOIRE DU DROIT

Numéro 2 - 2022

Édité par la Société Marocaine d'Histoire du Droit

Directeur de rédaction : Fouzi RHERROUSSE

Secrétaire de rédaction : Adil SLASSI MOUTABIR

REVUE MAROCAINE D'HISTOIRE DU DROIT
Numéro 2 - 2022
Dépôt Légal : 2019PE0035 / **ISSN**:2605-6933
Imprimerie **EL JOUSSOUR**
40, Bd Ramdane El Gadi – Oujda
Tél/Fax : 05 36 70 31 85
Imp_eljoussour@yahoo.fr

Comité de lecture

- Professeur Pierre Charles Ranouil France
- Professeure Monica Cardillo, France- Italie
- Professeur Toujgani Noureddine Maroc
- Professeur Rachid Fettouche Maroc
- Professeur Nader HAKIM France
- Professeur Jérôme de Brouwer Belgique
- Professeur Eric Descheemaeker Belgique
- Professeure Gosia ULLA France
- Professeur Farid Lekéal France
- Professeur Louis-Augustin Barrière France
- Professeur Adil SLASSI MOUTABIR
- Professeur Larbi El Boubekri Maroc
- Professeur El Milki Hassan Maroc
- Professeur Najib laredj Maroc
- Professeur Reda Nour Maroc

Conseil scientifique

- Yann-Arzel Durelle-Marc France
- Professeure Soazick Kerneis France
- Professeur Norbert Rouland France
- Professeur Ugo Bruschi PhD Italie
- Professeur Jean-François Brégi France
- Professeur Yves LASSARD France
- Professeur Raymond Kubben Allemagne
- Professeur Vassili tokarev Russie
- Professeur Louis-Augustin Barrière France
- Professeure Florence Renucci France
- Professeur Antonio Carrasco Espagne
- Professeur Didier VEILLON France
- Professeure Viola Heutger Pays Bas
- Professeur Mathias Schmoeckel Allemagne
- Professeure Lydia Paparriga Grèce
- Doyen François-Paul Blanc France
- Professeur Dirk Heirbaut Belgique
- Professeur A. Mario Ascheri Italie
- Professeure Vida Azimi France
- Professeur Gilduin Davy **???**

Table des matières

Editorial **7**

Quel modèle de codification pour le droit marocain-

Fouzi RHERROUSSE **11**

La responsabilité pénale des personnes morales en matière de fraude fiscale-Oualid GADHOUM **27**

Les approches conceptuelles du principe de légalité criminelle-

Abdelaziz EL IDRISSI **38**

La protection légale du cadavre en droit pénal marocain: un concept flottant (qualifications et imprécisions) –

ELKHEYYAT Fatima Zohra **45**

Le milieu-juridique-africain face aux crises émergentes : le cas lié au covid-19 - BILONG NKOH **61**

L'intérêt social en droit des sociétés : étude d'une notion flottante-

Maroua Belmeddah **99**

Concepts flottants et procédure civile-

Hafidh Kithem **120**

Les jeux de hasard en droit pénal marocain-

ADDAM Mariam **133**

Du principe d'égalité ou du principe d'équité ?-

NYANDA MKAMWA Williams **152**

La notoriété en droit privé-

HAJJI Habiba **171**

Le droit au respect de la propriété dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme –

Livio ORSI **200**

الأنظمة الأساسية الخاصة بموظفي الإدارات العمومية: دراسة مقارنة المغرب- فرنسا-

لبراهيمي البكايو **215**

السياسة الحيوية والتكويد والإصلاحات العسكرية في البلاد التونسية خلال النصف الثاني من القرن 19-

محمد البشير رازقي **249**

خصوصية محاكمة المتهم غيابيا في الجنايات-

محفوض حجيو 000

تطور اللاتركيز الإداري وإشكالية توزيع الاختصاصات في التجربة الإدارية المغربية مقاربة قانونية-

فيد التمسماني 000

Ligne éditoriale

La Revue d'histoire de droit marocain est une revue scientifique dont le but est de promouvoir la recherche sur l'histoire du droit marocain ainsi que dans les domaines de ce qui est communément appelé les sciences auxiliaires telle l'anthropologie du droit ou la sociologie juridique.

Son objectif principal est de combler le vide provoqué par l'absence de l'histoire du droit et les sciences dites auxiliaires dans le cursus universitaire marocain. Ainsi, elle permet un regard socio-juridique inscrit dans un processus historique du phénomène juridique.

La Revue d'Histoire du Droit Marocain accueille les contributions des chercheurs en les encourageant à débroussailler tout le patrimoine juridique marocain: droit musulman, droit positif, droit colonial et droit coutumier.

Le droit marocain est multiple, alors que l'enseignement universitaire est d'un monothéisme positiviste fanatique. Ce qui ne permet pas hélas la rencontre de ses trois systèmes normatifs qui innerve le droit marocain. En effet, le droit positif est enseigné dans la faculté de droit, alors que le droit musulman est enseigné soit dans les facultés de Charia, soit dans les facultés des lettres et enfin le droit coutumier qui n'est pas enseigné du tout.

Notre Revue projette de mettre les assises à une réflexion fondamentale sur le droit marocain. Elle sera sans nul doute l'espace où se croisera le droit musulman et ses écoles, le droit positif et sa dogmatique et le droit coutumier avec toute sa richesse.

QUEL MODELE DE CODIFICATION POUR LE DROIT MAROCAIN ?

Fouzi RHERROUSSE
Professeur HDR de droit privé,
FSJES –Oujda

Résumé :

La constitution est un Code pas comme les autres. Se trouvant au sommet du système juridique elle règne en maître sur les autres codes en vertus d'un principe vieux comme le monde mais qui a été réhabilité par Hans Kelsen : la hiérarchie des normes. Il est donc tout naturel qu'un changement de constitution en amont provoque en aval une série de réformes afin de mettre le système juridique en harmonie.

L'adoption d'une nouvelle constitution n'est pas un événement juridique anodin. Moins fréquente que la production de lois ou de jurisprudences ; la réforme d'une constitution est souvent un signe qui ne trompe pas sur les changements sociaux que connaît un pays. On peut ainsi tracer les grands bouleversements politiques d'un pays à l'aide des constitutions qu'il adopte.

Le Maroc ayant connu une nouvelle constitution, celle-ci ayant le statut de norme fondamentale va certainement influencer toutes les lois qui lui sont inférieures en vertu du sacro-saint principe de la hiérarchie des normes.

Quel type de codification donc, le Maroc devrait entreprendre ? Une codification- modification accompagnant l'avènement d'une nouvelle constitution et permettant d'entreprendre des chantiers réformateurs ? Ou doit-il se limiter à une codification- compilation moins ambitieuse mais plus prudente ? Quelles techniques doit-il utilisé ? Etc.

Le Maroc a adopté une nouvelle constitution qui est le fruit d'un référendum qui a eu lieu le 1er juillet 2011. Celle-ci est décrite comme une mutation politique et juridique[1], saluée par certains[2], critiquée par

[1] David MELLONI, La Constitution marocaine de 2011 : une mutation des ordres politiques et juridiquesmarocains, Pouvoirs n°145 - Le Maroc - avril 2013 - p.5-15.

d'autres[3]. Mais au-delà de toutes les divergences idéologiques la constitution marocaine est sans nul doute un changement[4] qui ne laisse pas indifférent[5]. Ce changement en amont provoque déjà en aval de nouvelles réformes juridiques, permettant de mettre tout le droit marocain en harmonie. C'est une occasion pour revoir et procéder à une refonte de notre système juridique. Bref le Maroc a besoin de « re-codifier » son droit.

I/ La codification : notion simple et procédés divers

« Symbole du temps arrêté »[6] , telle est la vocation d'un code. Régir mais aussi figer les rapports entres les personnes. Il est rare qu'un code subisse des réformes peu de temps après sa promulgation. En effet « toute codification poursuit un vœu plus au moins conscientd'éternité, sans doute réaction épidermique de l'Homme et des sociétés face à leur destin de mortel»[7]. Le code porte dans ses feuilles et entre ses lignes une quête d'éternité[8]. La prophétie de Napoléon est si révélatrice à ce propos « Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles : Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires… Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil »[9].

C'est ainsi que toute entreprise de codification doit prendre ce facteur en considération. En effet, les multiples réformes enlèvent à la loi son prestige et causent l'un des maux dudroit : « l'inflation juridique »[10]. Sauf que l'usure du temps a son impact et le code n'est pas une exception. Celui-

---

[2] Bertrand MATHIEU, L'émergence du pouvoir judiciaire dans la constitution marocaine de 2011, Pouvoirsn°145 - Le Maroc - avril 2013 - p.47-58

[3] Ahmed BENCHEMSI, Pouvoirs n°145 - Le Maroc - avril 2013 - p.19-29

[4] Nadia KAJJOU (Direction), La nouvelle constitution marocaine et la gestion du changement, broché 2012.

[5] Ouvrage collectif, La Constitution marocaine de 2011 - Analyses et commentaires, Sous la direction du Centred'Études Internationales, L.G.D.J 2012.

[6] Jean CARBONNIER, « Le Code civil », dans P. NORA (dir.), Les lieux de mémoire, t. 2.2, Paris,Gallimard, 1986, p. 293.

[7] Remy CABRILLAC, La codification du droit des affaires Au XX siècles et touche : les occasions manquées,revue juridique de l'USEK (2009) p 135.

[8] Jean-Philippe DUNAND, Le code : une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code, Leçoninaugurale donnée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel.

[9] Napoléon BONAPARTE, Le mémorial de Sainte-Hélène.

[10] Philipe RAIMBAULT, Retour à la consécration du principe de sécurité juridique, in les Annales de droit,n°2/2008 p 195.

ci fait aussi partie de cet « Empire de l'éphémère »[11] et il « ne peut échapper à l'emprise du temps qui passe »[12]. Le « temps juridique »[13] est un exercice délicat, la réussite de toute codification en dépend.

Le code doit créer un équilibre très fragile d'ailleurs, entre les exigences de la stabilité et les revendications de la modernité[14]. Les termes de l'éminent Henri Capitant résume avec brio cet exercice d'équilibre [la codification] « présente le grand avantage de fixer, d'éclairer, de simplifier le droit, de le mettre plus aisément à la portée de tous, elle arrive, par contre, presque toujours à en entraver la libre évolution, le libre développement, en imposant à la pensée des jurisconsultes un ordre plus ou moins artificiel, qu'ils sont presque contraints d'adopter et qui tue l'esprit scientifique »[15].

La codification est une notion simple qui cache sous sa cape différents modèles.

A- Notion de codification

Une idée deux fois millénaire[16] la codification consiste à regrouper dans un même recueil des textes régissant une matière donnée. C'est une classification[17], des règles juridiques par Ensemble. Elle consiste en « la réunion dans un même corps de loi et sous un numérotage continu de

[11] Gilles LIPOVETSKY, L'Empire de l'éphémère. La mode et son destin dans les sociétés modernes,Collection Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard 1987.
[12] Rémy CABRILLAC, Les enjeux de la codification en France, Les Cahiers de droit, vol. 46, n° 1-2, 2005, p.533-545.
[13] François OST, Le Temps du droit, Odile Jacob, 1999, p 237.
[14] François TULKENS, Accélération du temps et sécurité juridique, poison contre poison, in L'Accélération dutemps juridique, Publications Fac St Louis 2000, p 469.
[15] Henri CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil : notions générales, PEDONE ÉDITEUR 1898, p 2.
[16] « Depuis Lycurgue et Solon en Grèce, depuis les Douze Tables à Rome, sans remonter plus haut, bien que Moïse dans le désert, Manou dans les Indes, Orphée en Thrace, Minos en Crète puissent nous servir d'autorités, il semble qu'un des éléments du bonheur des peuples consiste dans la possession d'un Code ou Recueil de lois contenant les règles à suivre dans les rapports des citoyens avec le gouvernement. » Pierre-Antoine-Frédéric MALAPERT, Remarques historiques sur la codification, Extrait de la revue critique de législation et de jurisprudence, tome XIX, livraison d'août 1861. p4.
[17] Bruno OPPETIT, Essai sur la codification, Presses universitaires de France, 1998.

diverses lois unies par un concept commun »[18]. Elle permet ainsi d'unifier le droit[19] sous une « présentation rationalisée [...], cohérente et ordonnée »[20]. La notion de codification recouvre des pratiques différentes, allant de la simple compilation des textes existants jusqu'au remplacement de l'ancien droit par un nouveau. Mais généralement on parle de codification quand il s'agit d'entreprise visant à créer un nouveau droit c'est en tous cas l'idée du très regretté Guy Braibant « Codifier, ce n'est pas compiler ou empiler ; ce n'est pas mettre bout à bout des textes dans un ordre quelconque comme le font certains éditeurs privés ; ce n'est pas non plus légiférer, établir des lois nouvelles, ponctuelles sur différents sujets. La définition la plus large que l'on puisse donner, c'est "regrouper des textes - il s'agit toujours de textes, de droit écrit et non de jurisprudence - dans des ensembles cohérents »[21].

B- Procédés de codification

La doctrine distingue essentiellement trois types de codification : la codification compilation qui (1) comme son nom l'indique, consiste à ne pas rompre avec l'ancien droit mais est destinée à faciliter son accès et à l'unifier[22]. Elle prêche la vertu de la clarté et de la lisibilité[23]. La codification à droit constant (2) constitue plus une recette de « gestion de droit et non de création de normes nouvelles »[24]. Elle est à mi-chemin entre la compilation et la codification au sens profond du terme (3)[25]. Celle-ci est plus ambitieuse. Elle a pour objectif l'élaboration d'un nouveau droit sur les

[18] Axel De THEUX, Imre KOVALOVSZKY, Nicolas BERNARD, Précis de méthodologie juridique : lessources documentaires du droit, Publications Fac St Louis, 2000 p 66.

[19] Joseph VAN KAN, Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique, Paris, 1929

[20] Lettre du premier ministre Jean-Marc Ayrault, aux Ministres et Ministres délégués datant du 27 mars 2013.

[21] Guy BRAIBANT, La problématique de la codification, in Savoir innover en droit, Hommage à Lucien MEHL,La Documentation Française, 1999.

[22] Albert RIGAUDIÈRE Un rêve royal français : l'unification du droit, In : Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, 148e année, N. 4, 2004.

[23] Séverine NADAUD, Codifier le droit civil européen, Larcier, 18 avr. 2008, p258.

[24] Elisabeth CATTA, « Les techniques de codification : de la cire au silicium », AJDA, 1997, p. 648.

[25] Pierre ALBERTINI, La codification du droit de l'environnement. Du droit interne au droit international : Lefacteur religieux et l'exigence, Publication Université Rouen Havre, 1998, p 34.

vestiges d'un ancien. Autant de facettes et de modèles de codification nous imposent un choix motivé par des objectifs. Le procédé de codification que le Maroc devrait choisir pour accompagner naturellement la nouvelle constitution dépendra de la matière à codifier. Car chaque branche ou matière a ses propres besoins.

1- la codification-compilation

Elle est dite aussi codification-collection. Elle ne constitue pas une rupture avec l'anciendroit mais facilite l'accès. Car « si nul n'est censé ignorer la loi, nul n'est aise de se perdre dans la loi »[26]. La codification compilation peut être officiellement demandée par le prince ou par les pouvoirs publics comme elle peut être d'initiative privée. Au Maroc par exemple les éditions REMALD publient régulièrement des codes sous formes de recueil de textes juridiques concernant une matière ou un secteur donné. On peut citer à titre d'exemple le code de l'urbanisme ou le code de la profession de notaire. La codification-compilation est vieille comme l'humanité. Le corpus *iuris civilis* est un parfait exemple. L'empereur Justinien avait l'ambition de former un corpus de droit permettant d'organiser son Empire et a demandé à ses juristes de compiler les lois romaines. Cette codification est considérée comme « la grande compilation droit romain »[27].

Quant au Maroc, la codification-compilation a connu ces jours de gloire au début du protectorat français. Celui-ci fraîchement installé au Maroc a entrepris ce qu'on appelait à l'époque « la politique berbère de la France »[28] en essayant de doter les tribus berbères d'un droit distinct de celui des tribus arabes. La politique se poursuivra et ce jusqu'au fameux Dahir berbère[29]. Cette politique consistait à compiler les coutumes berbères dans des recueils et à dresser une liste des tribus qui étaient soumises à ces coutumes. Plusieurs coutumiers vont voir le jour au Maroc et dans d'autres pays du Maghreb, le plus célèbre sera le coutumier d'Adolphe Hanoteau,

[26] Commission supérieure de codification, dix-neuvième rapport annuel 2008, p8.
[27] Guillaume BERNARD, Introduction à l'histoire du droit et des institutions, Studyrama, 2004, p 135.
[28] Gilles LAFUENTE , La politique berbère de la France et le nationalisme marocain, Harmattan, 1999.
[29] Abraham LAHNITE, La politique berbère du protectorat français au Maroc (1912-1956), EditionsL'Harmattan, 2011, p224.

Aristide Letourneux[30], qui recueillait toutes les coutumes de la Kabylie.

L'action du protectorat pour protéger la culture et surtout le droit berbère, a été prolongée dans le temps. En effet, le premier acte sera le dahir du 11 septembre 1914 et le dernier sera le célèbre dahir du 16 mai 1930 dit le dahir berbère. Le protectorat a doublement protégé le droit coutumier berbère en reconnaissant le pouvoir de la jmâa, mais aussi en faisant appliquer par les juges français dans plusieurs matières la coutume, comme source principale de droit. Plusieurs jurisprudences faisaient référence à cette coutume[31].

Le premier objectif du protectorat a été la délimitation géographique de la zone de l'izref. C'est ce que le dahir de 21 septembre 1914 a amené avec d'autres dahirs, de façon à ce que la liste des tribus soumises au droit coutumier n'a cessé de s'élargir jusqu'à la fin du protectorat. La codification-compilation n'est pas le procédé le plus adapté aux besoins juridiques dictés par la nouvelle constitution. Cela dit elle doit être une bonne technique d'organisation pour procéder à une refonte ou une codification plus dynamique et ambitieuse de notre droit. Pensons par exemple au droit rural, au droit foncier, au droit réel : trois codes qui se trouvent séparés alors qu'ils ont une même essence le foncier et le réel.

2- La codification à droit constant

Comme son nom l'indique, la codification à droit constant n'apporte pas en elle des réformes. Elle est plutôt conçue comme un moyen d'assainissement du système juridique. Elle permet de débroussailler ce maquis enchevêtré de lois, règlements et normes de toute nature. En effet, « codifier à droit constant signifie qu'on assemble le droit en vigueur sans créer des règles nouvelles »[32]. La codification à droit constant est une rupture dans le texte, et non dans le droit positif[33]. Elle « permet de rassembler selon un plan cohérent l'ensemble des dispositions existantes se rapportant à un domaine particulier, contribue à rendre le droit plus lisible

[30] Adolphe HANOTEAU, Aristide LETOURNEUX, Alain MAHE (maître d conférences.), TilmanHANNEMANN, La Kabylie et les coutumes kabyles, Bouchène, 2003.

[31] François PAUL BLANC , Code annoté des obligations et des contrats : Les obligations, Société d'édition et dediffusion Al Madariss, 1981.

[32] E. CATTA, op.cit. p 653.

[33] Clotaire MOULOUNGUI , notions fondamentales du droit, Editions L'Harmattan, 2001, p16.

et plus accessible. Limitant les inconvénients inhérents à la sédimentation, à la dispersion et à l'inflation des normes, elle est un facteur précieux de sécurité juridique et de « réappropriation » de la loi par les citoyens »[34].

L'ancien droit est repris sous une autre forme mais avec le même contenu. La loi sur les droits réels الحقوق العينية en est un exemple significatif. En effet, tout en gardant le sens de l'ancienne législation de 1915 elle l'a réintroduite sous un autre jour. Certes, quelques réformes puis quelques petites modifications ont été apportées à la loi de 1915, mais la substance reste la même : le foncier éclipse le mobilier, l'immeuble prend le dessus sur le meuble : une parfaite illustration de l'adage romain *res mobilis, res vilis.*

3- La codofocation - modification[35]

La codification pure et simple est la plus ambitieuse des codifications. Elle vise tout simplement à créer un nouveau code, fonder un nouveau droit. L'ambition et la nouveauté qui sont ces marques de fabrique représentent souvent les reproches qu'on lui fait. L'aphorisme de Planiol est révélateur à ce propos « Un Code tout neuf est un outil incommode »[36]. La rupture avec l'ancien droit prononcée, le nouveau droit se veut moderne et souvent le fait savoir dans ces préambules. La loi sur l'eau dite la loi 10-95 est l'exemple type de ce genre decodification[37]. Cela dit la

[34] Codification, simplification et Constitution, Source : services du Conseil constitutionnel-juin 2005

[35] Philipe MALAURIE, « Peut-on définir la codification ? Éléments communs et éléments divers », RFAP, 1997,n° 82, p. 179 et s « Rapport de synthèse », in La codification, Actes du colloque organisé les 27 et 28 octobre 1995 par l'Ordre des avocats du barreau de Toulouse et l'Institut d'études judiciaires de la Faculté de droit de Toulouse, Paris, Dalloz, 1996, p

[36] Marcel PLANIOL, Inutilité d'une révision générale du Code civil, in livre du centenaire, tome 2 p 961.

[37] Nous pouvons lire dans le préambule de la loi ce qui suit « Dans leur ensemble, les textes essentiels relatifs à l'eau remontent donc aux premières décennies de ce siècle. Ils ont été élaborés en fonction des besoins et des circonstances, de telle façon que la législation marocaine actuelle relative à l'eau se présente sous forme d'un ensemble de textes épars, mis à jour par étapes à des dates différentes. Cette législation n'est plus aujourd'hui adaptée à l'organisation moderne du pays et ne répond plus aux besoins de son développement socio- économique. En effet, les conditions actuelles de l'utilisation de l'eau ne sont plus celles qui prévalaient au débutdu siècle où les ressources en eau étaient beaucoup moins sollicitées que de nos jours, en raison de la faiblesse dela demande en eau et des techniques de mobilisation peu performantes. C'est pour toutes ces raisons que la

rupture avec l'ancien droit n'est pas catégorique.

Car on ne peut bâtir un droit *ex nihilo.* Ainsi les catégories significatives de l'ancien droit sont reprises : les institutions, les principes aussi. Dans le cas de la loi 10-95 par exemple le législateur a repris le principe de la domanialité des eaux[38]. Il a aussi repris le principe des droits acquis sur l'eau[39]mais il a complètement révolutionné le secteur de l'eau. Au niveau institutionnel, le conseil supérieur de l'eau et du climat, instance nationale relayée par les agences de bassin vont être les acteurs incontournables de la politique de l'eau. Au niveau règlementaire le principe pollueur-payeur ainsi que le renforcement de la police des eaux vont mieux protéger les ressources hydrauliques du Royaume.

Cela dit «la codification peut être antinomique avec la mise en application du code. Tout travail de codification doit donc s'accompagner d'une théorie de l'effet de la codification, sous peine de substituer inconsciemment la chose de la logique (le code) à la logique de la chose (les schèmes pratiques et la logique partielle de la pratique qu'ils engendrent) »[40]. C'est ce que devrait intégrer le législateur marocain, pour éviter tout effet indésirable de codification. Car ce dont souffre notre droit est une parfaite inadéquation entre le code et le vécu, la théorie et la pratique. Cet état des choses a fait la fortune de certaines notions comme : تطبيق[41], تفعيل[42] etc. Qui sont les

---

refonte de la législation actuelle des eaux et son unification en une seule loi, s'avère nécessaire. Dans le cadre de cette refonte, cette loi ne se limite pas à la refonte de la législation en vigueur, mais s'attache également et surtout, d'une part, à la compléter par des dispositions relatives à des domaines qu'elle ne couvrait pas auparavant et, d'autre part, à apurer le régime juridique des ressources en eau.

[38] Art. 1 : « L'eau est un bien public et ne peut faire l'objet d'appropriation privée sous réserve des dispositions duchapitre II ci-après : Le droit à l'usage de l'eau est accordé dans les conditions fixées par la présente loi. »

[39] Art. 6 : « Sont maintenus les droits de propriété, d'usufruit ou d'usage régulièrement acquis sur le domaine public hydraulique antérieurement à la publication du dahir du 7 chaabane 1332 (ler juillet 1914) sur le domaine public, à celle du dahir du 11 moharrem 1344 (l er août 1925) sur le régime des eaux, tels qu'ils ont été modifiés et complétés ou, pour les zones où ces textes ne sont pas applicables, à la date de récupération de ces dernières par le Royaume.

[40] Pierre BOURDIEU, Habitus, code et codification, Actes de la recherche en sciences sociales, Année 1986, Volume 64, Numéro 64, p 41.

[41] المراقبة القضائية وفق قانون المسطرة الجنائية الجديد، قسم الدراسات والتشريع، وزارة العدل مديرية الدراسات والتعاون و التحديث

[42] http://www.premier.dades-infos.com/news.php?lng=fr&pg=8852

notions les plus répétés de notre droit[43] preuve que le code n'est pas le quotidien.

II/ L'environnement de la codification au Maroc

La codification dépend du contexte socioculturel, elle est même un phénomène socioculturel[44] . Elle est un moyen qui permet l'accès au droit[45]. Justifié par « la volonté d'avoir un droit rationnel et accessible »[46] le code parait comme un moyen de communication

« entre le peuple et la loi »[47]. L'idée de codification prend souvent racine dans un contexte à trois dimensions : politique, social et technique[48].

A- La codification : un acte politique

Hammourabi, Soulimane Al kanouni, Napoléon… des hommes dont le destin a été marqué par les codes qu'ils ont adopté. Marque de pouvoir, le code porte en lui l'idée de son instigateur : établir une loi et unifier une nation. Concernant le Maroc « Nul geste ne pouvait mieux manifester cette volonté que la codification de la Moudawana : ainsi étaient réaffirmés l'unité du pays et son caractère islamique pour tous ses habitants (ni arabe, ni berbère, tous marocains) »[49]. Le contexte politique des printemps arabes fait que les codifications qui vont être entreprises ont une coloration politique, qui devrait transposer les idéaux de justice et solidarité, idéaux qui ont été derrière le mouvement populaire donnant naissance au printempsarabe. Mais le code reste un document juridique et cette qualité ne doit pas être occultée par des considérations politiques.

Clarté linguistique, sécurité juridique doivent l'emporter sur les rhétoriques et les éloquences idéologiques. Le choix du champ lexical et de la terminologie sera révélateur. L'exemple de la loi sur l'eau et la loi sur les

[43]http://www.abhbc.com/index.php/annees-precedentes/17-communication-et-sensibilisation

[44] Csaba VARGA , Codification as a socio-historical phenomenon, Akadémiai Kiadó, 1991.

[45] Sophie LAMOUROUX, la codification ou la démocratisation du droit, | Revue française de droitconstitutionnel, 2001/4 - n° 48 pages 801 à 824.

[46] Guy BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », Droits, 24-1996, p. 64 et s.

[47] Jean-Marie ETIENNE PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil.

[48] Bruno OPPETIT, de la codification, in la codification, ouvrages collectif sous la direction de BernardBEIGNIER, Dalloz 1996, p 8.

[49] André POUPART, Adaptation et immutabilité en droit musulman : L'expérience marocaine. Editions L'Harmattan, 2010, p 137.

droits réels est caractéristique : les zones d'interdiction et francs bords remplaceront le terme harim utilisé par la littérature malékite dans la loi 10-95. Cela marque l'intention du législateur de rompre avec un lexique traditionnel et promouvoir la modernité. Mais dans la loi sur les droits réels, le législateur préfèrera le terme harim au terme franc bords, signe qu'au Maroc nous n'avons pas encore pu bâtir un organe solide de codification permettant d'unifier notre droit et d'éviter le désagrément d'un lexique flottant.

La marque politique se voit dans certains codes plus que d'autres. Elle est plus ostentatoire dans le code de la famille qui est une vraie charte de politique familiale[50], que dans la loi sur la profession d'herboriste ou pharmacien[51]. Le législateur marocain devra faire attention à ce volet des codifications. Le code exprime une politique, mais ne doit pas être otage des Politiciens[52].

La codification exsude la politique dans le sens où elle exprime le pouvoir souverain d'unité. Soumettre les marocains au même code. Cet aspect-là doit être développé dans les futures codifications. Notre droit -ce n'est pas un secret- est émietté dans plusieurs dahirs, lois, règlement etc. Un travail de codification-compilation est à ce propos salvateur. Ainsi plusieurs textes seront regroupés et seront facile d'accès. Nous pensons tous particulièrementà la loi sur les droits réels : pourquoi ne pas l'intégrer dans un code de droit foncier ?Pourquoi ne pas voir encore plus grand et élaborer un code englobant tout le droit des biens ?

B- La codification un fait social

«Souvent consécutive à une crise de société »[53] la codification est aussi un phénomène social dans la mesure où elle traduit les aspirations mais aussi les peurs de la société « En tout cas, la codification ne laisse pas indifférent »[54]. Le droit pénal n'est en fait que la somme des actes quifont peur à la

[50] Ouvrage collectif, Une décennie de réformes au Maroc, 1999-2009, Karthala Editions, 2010, p 221.

[51] Dahir n° 1-59-367 du 21 chaabane 1379 (19 février 1960) portant réglementation de l'exercice des professions de pharmacien, chirurgien-dentiste, herboriste et sage-femme.Publié au bulletin officiel n° 2470 du 26/02/1960.

[52] Houria ALAMI M'CHICHI, Genre et politique au Maroc : Les enjeux de l'égalité hommes-femmes entreislamisme et modernisme, Editions L'Harmattan, 2002.

[53] Bruno OPPETIT, de la codification op.cit.

[54] Commission supérieure de codification, dix-neuvième rapport annuel 2008, p5.

société. La société se voit à travers le code, celui-ci est le moyen d'établir les règles du jeu social[55]. Les joueurs désignés : personnes physiques ou personnes morales, ils sont dotés de pouvoirs leur permettant de jouer : patrimoine, droit d'ester en justice, droit subjectif etc. Par ailleurs, ils sont soumis à des obligations : droit des obligations, droit pénale, droit fiscale sont des matières qui canalisent l'action des individus ou des personnes juridiques de manière générale. Certains codes transpirent plus l'élément social que d'autres : le code de la famille, le code pénal sont plus imprégnés par les aspirations de la société que le code fiscal.

C- La codification un acte technique

La codification est un acte technique par excellence. Sa technicité se tient des différents procédés qu'elle utilise afin d'arriver à son but : le code. Procédés aussi divers que variés : usage de notions-cadre, usages de renvois, usage de préambules etc. La réussite d'un code dépend de la bonne utilisation de ces techniques de codification.

La loi 38-09 dite la loi sur les droits réels est à ce propos un code de mauvaise qualité. En effet, si on étudie le droit en termes de marché, la première question sera : quels sont les besoins de notre pays en termes de droit ? Élaborer une loi sur les droit réels suivi par d'autreslois ne répondais pas vraiment aux besoins d'un Maroc à la recherche d'investissement et voulant moderniser son économie. Le besoin était plus un droit des biens regroupant la fortune foncière du pays mais aussi la fortune mobilière et immatérielle. L'économie se développe et crée de nouvelles formes de richesse qui ne sont pas exclusivement foncière[56]. La richesse est plus immatérielle « les biens Immatériels financiers regroupant les monnaies, les parts et actions sociales, les instruments Financiers, les créances et les biens immatériels industriels regroupant les fonds de commerce les propriétés intellectuelles»[57]. L'immatériel deviens le support de toute richesse par

[55] François OST, Pour Une Théorie Ludique Du Droit, revue Droit et societé20/21 - 1991. p 93.

[56] Charley HANNOUN, La dématérialisation de l'entreprise : Essais sur les dimensions immatérielles del'entreprise, Editions L'Harmattan, 2010.

[57] Vanessa PINTO HANIA, Les biens immatériels saisis par le droit des suretés réelles mobilières conventionnelles, Thèse pour le Doctorat en Droit (Arrêté du 30 mars 1992) Présentée et soutenue publiquement devant le jury de l'Université Paris-Est Créteil

le jeu de l'action et l'obligation à tel point qu'il « envahit nos vies »[58]. Les valeurs mobilières[59] sont le pivot des économies modernes. Notre législateur n'a pas malheureusement saisi cela.

La loi 38-09 est tellement de mauvaise qualité qu'elle ne donne même pas une définition correcte à la propriété. Déjà le manque de préambule permettant de placer cette loi dans son contexte est une chose critiquable. D'autant plus que la loi 39-08 englobe en son sein des concepts juridiques et philosophiques qui méritent une introduction : La propriété, la possession etc. La mauvaise qualité de la loi 38-09 se perçoit dès le premier article : erreur monumentale de conjonction. Et puis toujours dans l'article premier de législateur dispose quedans le cas de silence de la loi 39-08 les dispositions du D.O.C seront applicables ainsi que l'opinion majoritaire du rite Malékite.

C'est tout simplement un retour en arrière. Si d'après les travaux préparatoires de cette loil'objectif était d'assurer une sécurité juridique, en pratique nous avons fait un pas en avant et deux pas en arrière. Car au lieu de faire appel à l'opinion majoritaire du rite Malékite et Dieu sait qu'il est difficile de trouver des règles claires dans les différents livres de ce rite, pourquoi ne pas faire tout simplement confiance aux juges marocains et musulmans faut-il le rappeler ? Pourquoi ne pas laisser la jurisprudence prendre des initiatives ? Pourquoi faire plus confiance à des fatwas et jurisprudences qui datent de plusieurs siècles et qui ne sont plus adaptées à notre époque et ne pas faire confiance aux juges marocains ? Jusqu'à quand le juge marocain serait cette personne sous tutelle.

Enfin la loi 38-09 traduit la non maitrise de ces rédacteurs de plusieurs techniques de codification. La technique des renvois est maladroitement utilisée et trop utilisée[60]. L'article 19 n'est qu'une répétition de l'article 14. Ce dernier qui en principe devait définir la propriété en général ce qui est l'objet de toute loi sur les droits réels, ne définit que la propriété immobilière. L'usage du concept de « Chose » est critiquable. Nous aurions souhaité l'usage du terme bien à sa place. Ce qui était le choix du législateur

[58] Pierre-Yves GAUTIER, Rapport de synthèse : in Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t.43, Ed. Sirey, 1999, p. 233

[59] Joseph ANTOINE , Marie-Claire CAPIAU-HUART , Valeurs mobilières, De Boeck Supérieur, 1997.

[60] Voir à ce propos les articles 1-24 -29- 30- 42- 68 etc.

tunisien par exemple[61]. Car la chose[62] est un concept moins précis que le concept de bien.

Quelques choix ne sont pas justifiés : pourquoi laisser une place à l'eau dans cette loi etne réserver aucun article aux biens Habous et on se contente de faire encore un nouveau renvoi ? Plusieurs articles favorisent le statu quo et ils sont une entrave à la dynamique économique dans laquelle le foncier devait s'inscrire. L'article 47 est un parfait exemple. Enfin la liste des reproches faits à loi 38-09 qui n'est qu'un exemple parmi tant de lois mal codifiée n'est pas limitative. La doctrine en trouvera certainement de nouveaux.

III/ Quel modèle de codification pour le droit marocain

Le choix du model de codification nécessite à priori l'existence d'une conception bien déterminée du droit. Nous proposons deux conceptions qui peuvent aider à mieux choisir le model de codification qui correspond à telle ou telle matière. Le droit conçu comme un système et le droit conçu comme un marché de norme (A). Nous nous focaliseront après sur les acteurs de la codification (B).

A- Quelle conception de droit

Nous avons vu qu'il existe plus de plusieurs modèles et procédés de codification. Codification-compilation, codification à droit constant, codification modification. Dans le cas du Maroc il ne s'agit pas de choisir un seul modèle pour tout le droit marocain. Tout dépend des matières, des souhaits du législateur et des besoins de la société. Le droit est un système[63] et il est légitime même nécessaire de le penser ainsi. Seule une vision systémique de la codification peut épargner à notre droit le désagrément de l'insécurité juridique.

Certaines branches nécessitent uniquement une codification-compilation, codification déjà entreprise par certaines maisons d'édition comme la REMALD. Certaines branches nécessitent une codification à droit constant

[61] Voir à ce propos l'article 1 et 2 de majallate al hokouk al 3aynia

[62] Arnaud DEWALQUE, Heidegger et la question de la chose : Esquisse d'une lecture interne, EditionsL'Harmattan, 2003.

[63] Gérard TIMSIT , Thèmes et systèmes de droit, Presses Universitaires de France - PUF, 1986.

permettant ainsi de faire le tri, de débroussailler afin de présenter une matière facile d'accès. D'autres matières nécessitent catégoriquement une révision est une réforme structurelle. Nous pouvons donc tout naturellement utiliser de trois procédés de codification selon nos besoins.

Toujours dans la logique et la perspective d'un marché de droit ; il est nécessaire après la concordance d'une offre et d'une demande d'assurer un service après-vente. Ce service sera nécessairement assuré par la jurisprudence par un effet de feed-back. Le législateur envoie la loi, les juges lui renvoie la jurisprudence ce mouvement de va-et-vient est le seul capable d'assurer une dynamique mais aussi une force d'adaptation à notre droit.

Reste enfin, la question de la langue de la codification. Quelle est la langue qui porteraaux personnes juridiques des dispositions ainsi choisies par le législateur ? La réponse paraît évidente, la langue arabe étend la langue officielle du Royaume du Maroc. Mais rien n'interdit de traduire systématiquement ces textes en français, la langue de notre premier partenaire économique, et le pays avec qui nous partageons beaucoup de choses parmi lesquels l'influence juridique et l'histoire. Le Français est la langue des affaires et il est plus judicieux de mettre à la disposition d'éventuels investisseurs français ou francophones notre droit.

Somme toute, si la codification est un bon moyen pour faciliter l'accès au droit, pour assurer une harmonie du système juridique ; elle n'est malheureusement pas cette baguette magique qui résout tous les problèmes. Nous nous sont plus à l'époque où la loi « peuttout, sauf changer une femme en homme»[64]. Nous sommes en pleine crise de la normativité[65]. La règle de droit qui était autrefois général et abstraite est aujourd'hui plus personnalisée. La société qui était appelée collectivité juridique[66] corps structuré et compacte est maintenant plus perçue comme un ensemble de groupements hétérogènes, chacun exigeant une réglementation personnalisée. La tendance à donner des droits à engendrer un effet indésirable. Car elle a multiplié les catégories de

[64] Adage anglais.
[65] François BRUNET , La normativité en droit, LGDJ 2012.
[66] Hans KELSEN, Théorie pure du droit, LGDJ, 1999.

personnes juridiques[67] : handicapés, femmes isolée, mutilé de guerres, enfants, personnes protégées etc. nécessitant un traitement à part.

La règle de droit ressemble plus à un principe général rendu inoffensif par une multitude d'exceptions qui la vident de tout sens. La règle existe, L'exception résiste. Celle-ci « marque les limites de l'efficacité d'une règle de droit »[68]. C'est ainsi que la codification doit se garder de la prétention d'exhaustivité. Il est souhaitable qu'elle laisse certaines branches à d'autres types de normativité : pensons aux droits négociés, pensons aux contrats. Car si certaines activités sociales sont accueillantes vis-à-vis du droit, d'autres sont plus hostiles. Ainsi les activités économiques sont plus de nature négociée, le droit ne devrait être qu'un cadre formel.

Il n'est pas interdit de penser le droit en termes de marché. Une offre venant du législateur qui doit correspondre à une demande venant de la société. Cette concordance ou cette harmonie entre l'offre et la demande sera garante de la réussite de telle ou telle codification. Une harmonie qu'on peut comparer à la main invisible d'Adam Smith. Il est par ailleurs temps de changer nos mauvaises habitudes de codification parcellaire par petites matières.

B- Quels acteurs de la codification

Notre pays a besoin de codifier, d'organiser de permettre l'accès à son droit. Les avantages d'une codification ne sont pas à démontrer. Les investisseurs se sentiront en sécurité. Quant aux citoyens, ils auront accès au Droit et faisant à leurs droits. Mais une mauvaise codification aura tellement d'effet indésirable qu'il serait nécessaire de bien choisir la méthode ou le modèle de codification adéquat. Ainsi il est nécessaire de donner les moyens et les effectifs nécessaires pour entreprendre « Une œuvre de patience collective »[69].

Toute codification est tributaire d'un organe technique[70]. En France comme

[67] Jean-Marc DE MOY, L'exception en droit privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M 2011.

[68] Jean-Marc DE MOY, L'exception en droit privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M 2011.

[69] Le Président Daniel LABETOULLE, Préface au seizième rapport annuel de la Commission supérieure decodification

[70] Alejandro Alvarez, Considérations générales sur la codification droit international américain (code de droit international des Etats américains) mémorial présentée à la

en Espagne mais dans plusieurs pays développés la codification est centralisée. Elle est entreprise par un organe central pouvant codifier, organiser le droit dans une optique systémique. La France, voisin et partenaire économique est un bon exemple. La Commission supérieure de codification peut être un modèle à suivre. Cette commission assure plusieurs missions[71].

Riche de plusieurs années d'expérience et d'une technique implacable « s'attachant à ce que chaque projet de code fut pris en charge par une équipe et des correspondants identifiés et dotés de moyens financiers et techniques. Telle est la « méthode Braibant », mélange fin de ténacité et de persuasion »[72].

Le modèle égyptien entrepris au début du 20eme siècle est à rejeter. En effet, il consiste à laisser le soin de codifier non à une commission mais à une seule personne. Selon un auteur,ce modèle est préférable à celui des

---

deuxième commission de juristes réunie à rio de Janeiro le 18 avril 1927 édition Rio de Janeiro imprrnsa nacional 1921, p 42.

[71] Décret n°2008-188 du 27 février 2008 - art. 1 : Il est institué une Commission supérieure de codification chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit qui prend la suite de la Commission supérieurechargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires créée par le décret n°48-800 du 10 mai 1948. Elle a pour mission de :

-Procéder à la programmation des travaux de codification ;

-Fixer la méthodologie d'élaboration des codes en émettant des directives générales ;

Susciter, animer et coordonner les groupes de travail chargés d'élaborer les projets de codes et fournir une aide à ces groupes en désignant un rapporteur particulier et le cas échéant des personnalités qualifiées ;

-Recenser les textes législatifs et réglementaires applicables dans les territoires d'outre-mer, vérifier le champ d'application des textes à codifier en ce qui concerne ces mêmes territoires et signaler au Premier ministre lesdomaines pour lesquels il semble souhaitable d'étendre à ces territoires les textes applicables en métropole ;

-Adopter et transmettre au Gouvernement les projets de codes élaborés dans les conditions définies par l'article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi que les projets qui lui sont soumis tendant à la refonte de codes existants.

-Elle peut également être consultée sur les projets de textes modifiant des codes existants.

-Enfin, la commission est par la Direction des Journaux officiels des difficultés que soulève la mise à jour des textes mentionnés au 1° saisie de l'article 1er du décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public dela diffusion du droit par l'internet ainsi que de toute question liée à cette activité. Elle formule toute propositionutile dans ce domaine.

[72] Commission supérieure de codification dix-neuvième rapport annuel 2008, p8.

commissions qui « réalise l'unité de l'esprit qui domine la codification, assure l'homogénéité et la connexité de ses dispositions et évite ainsi toute contradiction ou inconciliabilité entre elles de telle sorte que dans leur ensemble elles apparaissent coordonnées et intimement rattachées. Ceci étant, le système des commissions entraîne toujours une perte de temps et la dispersion des débats rend difficile une codification rapide dans les cas où l'on a besoin d'y recourir de façon urgente »[73].

Nous pensons que le Maroc devrait se doter d'une commission pluridisciplinaire regroupant des acteurs principaux du monde du droit et de la pratique. Les efforts du législateur doivent se joindre à ceux des universitaires et des juges afin de pouvoir entamer untravail de codification aussi nécessaire que salvateur.

Somme toute, la codification est une matière très technique nécessitant un savoir pluridisciplinaire : linguistique, droit, etc. Il est donc primordial quand on entreprend une entreprise de codification de se donner les moyens humains, financiers et administratifs. Quant à la méthode de codification, comme on l'a déjà signalé elle dépend souvent de la matière à codifier et des objectifs du législateur. Elle est un exercice d'équilibre entre la sécurité juridique et les exigences de la modernité. Seule une commission mariant théoriciens du droit (universitaires) et praticiens (juges, avocats, entrepreneurs, etc.) peut atteindre cet équilibre.

[73] Nabil Amhed SAID , La technique de la codification en matière de droit privé en Egypte, In: Revueinternationale de droit comparé. Vol. 8 N°3, Juillet-septembre 1956. p 371.

La responsabilité pénale des personnes morales en matière de fraude fiscale

Oualid GADHOUM, Maître de Conférences Agrégé
Faculté de Droit de Sfax

Connue dans presque tous les systèmes fiscaux, la fraude fiscale est « **un phénomène qu'on décrit plus facilement qu'on le définit** »[1]. Si dans la plupart des pays le législateur admet et organise l'évasion fiscale, il réprime la fraude fiscale en tant qu' « **acte intentionnel de la part du contribuable décidé à contourner la loi pour éluder le paiement du prélèvement** »[2].

Pourtant, la frontière entre les deux phénomènes n'est pas toujours précise. Alors que l'évasion fiscale consiste en l'utilisation habile des dispositions de la loi fiscale sous forme d'avantages fiscaux ou d'options

[1] Voir : N. BACCOUCHE : « Rapport introductif », colloque sur « La fraude fiscale », RTF, n°16, 2011, p. 10.

[2] Il y a une différence entre la fraude fiscale et l'évasion fiscale. La fraude est une évasion fiscale illégale. C'est un comportement délictuel délibéré qui se traduit par des irrégularités intentionnelles dont le but n'est autre que de se soustraire au paiement des impositions normalement dues. Elle se distingue également de l'optimisation fiscale, désormais préférée à l'évasion, laquelle est parfois évocatrice de comportement frauduleux. L'optimisation consiste à tirer profit des possibilités offertes par la loi, en profitant, le cas échéant, de ses failles, pour réduire les impôts dus. Cependant, la distinction entre les deux est problématique puisque l'optimisation peut devenir un abus de droit dès lors que le montage n'a pas d'assise économique et son seul but est de réduire l'impôt normalement dû. Voir : N. BACCOUCHE : « Rapport introductif », colloque sur « La fraude fiscale », op.cit., p. 10.

L'expression «évasion fiscale internationale », bien que consacrée par l'usage, est ambiguë car elle recouvre tous les procédés, même illégaux, employés pour échapper à l'impôt. C'est une pudeur de langage qui relèverait d'une analyse de psychologie sociale, à moins qu'il ne s'agisse que d'un glissement sémantique provenant de l'expression anglaise « tax evasion » qui désigne la fraude fiscale par opposition à la « tax avoidance » qui signifie évasion fiscale légale. A propos de l'évasion fiscale, les formules ne manquent d'ailleurs pas. Certains auteurs parlent aussi d' « évitement fiscal». L.MEHL-P. BELTRAME : « Techniques, politiques et institutions fiscales comparées », 2ième édition refondue, PUF, 1984, p.587.

Voir aussi : Ch. ROBBEZ-MASSON : « La notion d'évasion fiscale en droit interne français », LGDJ, 1990.

fiscales pour un paiement minimum d'impôt, la fraude est pour certains, une violation directe et volontaire de la loi fiscale. Pour d'autres, qui adoptent une thèse restrictive, il n'y a fraude que si deux éléments au moins sont requis dans l'acte frauduleux[3], l'un matériel et l'autre moral.

Le premier, évidemment essentiel, suppose qu'il y a fraude par exemple si la forme juridique d'une société n'est qu'une façade construite en vue d'éluder l'impôt, ou si les opérations accomplies, licites en elles-mêmes, sont destinées à faire échec à la loi.

Pour le deuxième, la notion de fraude ne peut être retenue s'il fait défaut ou si l'erreur, l'insuffisance ou l'omission a été commise de bonne foi. Sans doute, le contribuable pourra encourir une pénalité fiscale, mais celle-ci ne sera plus faible que si sa bonne foi n'est pas reconnue[4].

Deux approches différentes de la fraude fiscale sont généralement possibles. Une synthétique à travers laquelle la fraude est définie de manière assez générale et l'autre analytique en vertu de laquelle les infractions sont relatives à certains impôts et décrites d'une manière précise[5].

Si la première approche ne semble pas assez respectueuse du principe de légalité des délits et des peines, elle permet « **au législateur de faire sanctionner des délits qui lui étaient impossible de définir avec précision** »[6]. En effet, la fraude fiscale recouvre des phénomènes socioéconomiques et techniques très hétérogènes susceptibles d'évoluer sensiblement grâce à l'imagination des contribuables[7]. C'est ainsi que le souci de tout législateur « **est de définir les infractions relatives à la fraude**

[3] L.MEHL-P. BELTRAME : « Techniques, politiques et institutions fiscales comparées », op.cit., p.587.

[4] L.MEHL-P. BELTRAME : « Techniques, politiques et institutions fiscales comparées », op.cit., p.587.

[5] L. VAPAILLE : « De la définition des sanctions fiscales pénales », in : «Les sanctions pénales fiscales», l'Harmattan, 2007, p.42.

[6] Th. LAMBERT : « La place des sanctions pénales dans le dispositif général de lutte contre la fraude fiscale », LPA, 30 avril 1999, n°86, p.7.

[7] A. KTATA : « Le paiement de l'impôt en droit tunisien », thèse publiée avec le concours de la fondation Haans Seidel, 2019, p.178.

de manière à pouvoir prendre en considération non seulement les techniques actuelles mais aussi celles à venir »[8].

Si la fraude fiscale est présentée en droit tunisien comme un délit général[9], les faits constitutifs de l'infraction, encourant la peine maximale de trois ans d'emprisonnement, sont limitativement énumérés dans l'article 101 du CDPF.

La première série correspond à « **l'abus de droit** » dans ses deux aspects, par simulation juridique et par fraude à la loi, non sanctionné fiscalement mais réprimé pénalement. La deuxième correspond à l'accomplissement par le contribuable d'opérations emportant de biens à autrui dans le but de soustraire à ses dettes fiscales. La troisième série de faits correspond à la majoration de crédit de TVA ou la minoration du chiffre d'affaires dans le but de diminuer l'impôt. C'est dire que le législateur tunisien parait opter pour une approche analytique réduite de la fraude à travers l'article 101 du CDPF, mais il s'est aussitôt trouvé obligé, à la lecture des autres dispositions du CDPF, de l'enrichir continuellement par des nouvelles incriminations spécifiques[10].

La personne morale est, quant à elle, un « **groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète** »[11]. La personnalité morale est donc ce procédé de technique juridique destiné à faciliter la vie et l'activité des groupements en leur reconnaissant une certaine autonomie par rapport à leurs membres[12]. D'ailleurs, on peut lire dans l'article 4 du code des sociétés commerciales que « **toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation au registre de commerce, à l'exception de la société en participation** »[13]. Ledit article confirme la tendance du législateur à analyser la personnalité morale comme une fiction et non une réalité.

---

[8] L. VAPAILLE : « De la définition des sanctions fiscales pénales », in : « Les sanctions pénales fiscales », op.cit., p.42.

[9] Dans le CDPF, la section IV est réservée aux « sanctions fiscales pénales en matière de fraude fiscale ». Cette section ne comporte qu'un seul article à savoir l'article 101 du CDPF.

[10] A. KTATA : « Le paiement de l'impôt en droit tunisien », thèse, op.cit., p.178.

[11] G.CORNU : « Vocabulaire juridique », paris, PUF, 6ième édition, 2004, p.666.

[12] J. HAMEL : « La personnalité morale et ses limites », Dalloz, 1949, chronique, p.141.

[13] Il faut lire registre national des entreprises et non registre de commerce après la promulgation de la loi n°2018-52 du 29 octobre 2018.

D'une part, l'immatriculation est nécessaire, de sorte que seules les sociétés immatriculées accèdent à la personnalité. D'autre part, l'immatriculation est suffisante de sorte qu'une société unipersonnelle constitue elle aussi une personne, en dépit de l'absence de tout groupement.

En droit fiscal tunisien, il existe deux régimes fiscaux distincts d'imposition des bénéfices fiscaux. Le premier est qualifié par la doctrine de régime d' « **opacité fiscale** » à la lumière duquel la société est traitée comme un contribuable à part entière. Elle dispose d'une « **personnalité fiscale** » distincte de la personnalité des associés qui la composent.

Le second régime est qualifié par la doctrine[14] de régime de « **transparence fiscale** » dans lequel les bénéfices dégagés par la société sont imposés non pas au nom de la société mais au nom des associés. La société n'est pas traitée comme un contribuable. Elle ne dispose pas de « **la personnalité fiscale** », bien qu'elle soit dotée, en droit privé, de la personnalité morale[15].

Dans le souci d'une répression adaptée à la délinquance pour fraude fiscale, le droit pénal fiscal ne manque pas de marquer son particularisme à travers une consécration plus ou moins enchevêtrée, voire, embrouillée, de la responsabilité pénale des personnes morales (**I**). En partageant la responsabilité entre la personne morale et ses dirigeants et en choisissant de poursuivre pénalement ces derniers comme palliatif, le droit pénal fiscal ne fait que scléroser la sanction pour les personnes morales (**II**).

I- L'embrouillement

L'absence d'un texte de portée générale qui consacre la responsabilité pénale des personnes morales en droit tunisien a laissé échapper ces dernières à la sanction. Sa consécration implicite, voire indirecte, en matière fiscale (**A**), ne facilite pas la reconnaissance des auteurs, des complices et des responsables de second plan (**B**).

---

[14] M.COZIAN-F.DEBOISSY : « Précis de fiscalité des entreprises », 2011/2012, 35ième édition, Litec, p.262.

[15] Voir l'article 4 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés.

Voir aussi l'article 45 du même code.

En France, on parle de sociétés transparentes, semi-transparentes, translucides et opaques.

A- Dans la consécration de la responsabilité pénale

Malgré le fait qu'il existe des exceptions de plus en plus nombreuses au principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales[16], l'absence d'un texte de portée générale qui consacre la responsabilité pénale des personnes morales en droit tunisien, à l'instar du droit comparé, relève de l'ineptie juridique[17].

D'ailleurs, la non reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales est semble-t-il l'une des raisons qui a laissé les pouvoirs publics préférer s'engager dans la voie de l'action publique visant des individus plutôt que des groupements puisque ces derniers sont mus par la volonté des personnes physiques.

En droit tunisien, la consécration de la responsabilité pénale de la personne morale en matière fiscale est implicite parce qu'elle ne découle pas directement des textes d'incrimination de la fraude, notamment l'article 101 du CDPF, mais d'une lecture combinée de ce dernier et de l'article 107 dudit code qui prévoit que « **les peines d'emprisonnement, prévues par les articles 92, 94, 97, 98 et 101 du présent code, s'appliquent pour les personnes morales, personnellement à leurs présidents, mandataires, directeurs ou toute autre personne ayant la qualité de**

[16] Cette émergence de cas de responsabilité pénale de la personne morale se manifeste dans plusieurs branches du droit :

- Droit commercial et droit des sociétés commerciales : article 263 du CSC- article 412 du code de commerce…
- Droit de l'environnement : l'article 8 de la loi n°88-91 du 2 août 1988 instituant l'ANPE…
- Droit du travail : article 239 du code du travail…

[17] Différentes législations reconnaissent le principe général de la responsabilité pénale. Si les Pays-Bas et le Royaume-Uni l'ont admis depuis longtemps, la France n'a admis le principe qu'en 1994. La Belgique l'a admis en 1999, l'Italie en 2001, le Luxembourg et l'Espagne en 2010.

En Tunisie, l'avant-projet du code pénal qui vise à modifier le livre 1er du code pénal du 9 juillet 1913 dans sa version arabe du 31 mai 2018 consacre dans l'article 19 le principe général de responsabilité pénale des personnes morales. Voir : I.SAID : « La responsabilité pénale des personnes morales- Lecture de l'avant-projet du code pénal », In : « La réforme du code pénal tunisien- lecture croisée de l'avant-projet du livre I du code pénal», Nirvana, 2019, p. 197 et s.

représenter l'être moral et dont la responsabilité dans les faits commis est établie ».

Le code des droits et des procédures fiscaux ne donne aucune définition de la personne responsable pénalement de la fraude fiscale. La formule large « **toute personne** », employée par l'article 101 dudit code marque incontestablement, comparativement à la législation antérieure, plus particulièrement l'article 83 du CIR, aujourd'hui abrogé, une extension des personnes responsables sans pour autant permettre leur détermination précise et explicite[18].

La définition des infractions fiscales pénales, la détermination des sanctions encourues et la procédure de constatation et de poursuite des infractions sont le fruit du concours des règles pénales spéciales prévues les textes fiscaux et des règles pénales générales essentiellement prévues par le code pénal et le code de procédure pénale.

Aussi paradoxal que cela puisse paraitre, dans ses anciennes dispositions l'article 83 du CIR, exigeait la soumission au régime réel pour l'application des sanctions pénales. Dans un objectif d'équité et de justice fiscale une telle discrimination entre les personnes soumises au régime réel pouvant être poursuivies pénalement et celles soumises au régime forfaitaire immunisées de la responsabilité pénale a été remise en cause par l'article 101 du CDPF. L'idée était de restaurer l'égalité des contribuables devant la loi pénale.

B- Dans la reconnaissance des responsables de l'infraction

En Tunisie, et par application des principes de la responsabilité pénale tels qu'ils sont prévus en droit pénal général, la responsabilité pénale s'étend, comme en droit comparé, tant aux auteurs principaux ou acteurs directs, ainsi qu'aux complices, acteurs indirects ou responsables de second plan.

L'auteur de l'infraction n'a pas été défini par le législateur. En l'absence d'une définition légale, la doctrine le défini comme étant « **la personne qui a pris part d'une façon principale et directe à l'exécution matérielle de l'infraction** »[19].

---

[18] S. KOUBAA : « La simulation en droit fiscal tunisien », thèse, 2015/2016, p.251.

[19] G. STEFANI-G.BOULOC-B.LEVASSEUR : « Droit pénal général », Dalloz, 19ième édition, Paris, 2005, n°305.

Appliquée à la matière fiscale, c'est le contribuable lui-même, débiteur des impôts auxquels il s'est soustrait frauduleusement par l'utilisation d'un procédé de simulation par exemple, qui est considéré comme auteur principal du délit. C'est la personne qui souscrit des déclarations inexactes contenant une dissimulation volontaire des sommes imposables sans qu'il soit nécessaire que cette personne ait été elle-même propriétaire de tous les biens ayant encouru à la production des sommes dissimulées[20].

S'agissant de la complicité, le CDPF a gardé le silence quant à l'incrimination de cette dernière. Elle demeure donc punissable par application du droit pénal général, plus précisément les articles 32, 33, 34 et 35 du code pénal ayant une portée générale et s'appliquant à toutes les infractions.

Le recours au droit commun ne permet pas, par application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, l'incrimination de la personne morale en tant que complice. De surcroît, la reconnaissance de la responsabilité pénale en matière fiscale constitue une exception au droit commun et ne peut être interprétée d'une manière extensive d'autant plus que le législateur a gardé le silence en ce qui concerne les complices.

Gouverné en principe par la théorie de l'unité de l'infraction[21], le droit pénal général fait de l'acte de complicité un acte accessoire, nécessairement rattaché à un acte principal, forcément une personne physique, à laquelle il emprunte en quelque sorte le caractère délictueux. Il n'existe pas de complicité punissable sans infraction principale[22], laquelle est une condition d'existence. D'ailleurs, pour être punissable, la complicité nécessite, par application du droit commun, outre la commission d'une infraction principale, l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral. Il faut que la participation commise par l'auteur principal soit volontaire et consciente et prenant l'une des formes de complicité

[20] Cass. crim. 13 mai 1975, Bull. n°124, p.340. Cité par G.TIXIER et PH. DEROUIN, Droit pénal de la fiscalité, Dalloz, 1989, p.39.

[21] F. DESPORTES- F.LE GUNHEC : « le nouveau droit pénal », T.1, « Droit pénal général », Economica, 7ième édition, Paris, 2000, p.484.
J. CARBONNIER : « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », JCP, 1952, I, doctrine, p.1034.

[22] Hormis le cas des infractions intéressant la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, même si le crime n'a pas été commis, l'aide et l'assistance sont punissables conformément aux dispositions du code pénal (article 32-3 du code pénal).

énumérées dans l'article 32 du code pénal. Mais la particularité en droit fiscal consiste dans le fait que le législateur a érigé certains actes de complicité en des délits distincts.

II- La sclérose

De l'avis de la doctrine[23], la responsabilité des personnes morales en droit tunisien est un faux semblant (**A**). Il en est de même en droit fiscal malgré son particularisme, voire, son réalisme. Le choix d'une poursuite pénale des personnes physiques comme palliatif aux poursuites pénales des personnes morales sclérose la sanction encourue et la limite aux dirigeants de ladite personne morale (**B**).

A- Le faux semblant

En Tunisie, même si l'article 107 du CDPF marque une innovation non seulement par rapport à la législation pénale fiscale antérieure, notamment les anciennes dispositions de l'article 83 du CIR et par rapport au droit pénal général qui reste attaché au principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales, en traduisant la volonté du législateur de toucher le plus grand nombre de personnes pouvant concourir à la violation des obligations fiscales vu le caractère dangereux et la délinquance des personnes morales en matière de fraude fiscale, la réalité et la pratique est tout à fait autre.

En effet, le législateur tunisien n'a pas institué un mécanisme d'imputation direct des faits délictueux à une personne morale. La condition d'imputabilité d'une infraction à une personne morale suppose, aux termes des articles 101 et 107 du CDPF, la nécessité d'établir l'existence d'une infraction commise par une personne physique pour le compte d'une personne morale.

Il incombe à l'administration fiscale, après avoir vérifié la qualité de l'organe ou représentant de l'être moral, de caractériser, sous le contrôle du juge pénal, tous les éléments, tant matériels que moraux, de l'infraction commise par la personne physique dont la personne morale emprunte ensuite la criminalité. Le juge est tenu d'apprécier si la personne désignée par l'administration fiscale exerçait effectivement la direction au moment des faits litigieux.

[23] Voir : A.OMRANE, cours sur le droit des sociétés, Faculté de Droit de Sfax, non publié, 2017/2018.

En droit français, le code pénal prévoit dans son article 121-2 que « **les personnes morales… sont responsables pénalement… des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants** » sans exclure la possibilité de sanctionner les personnes physiques puisque le dernier alinéa de l'article 121-2 dispose également que « **la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3** ».

Malgré ces dispositions claires, l'analyse de l'état du droit et de la pratique conduit à envisager la situation des personnes morales d'une manière particulière. Le constat est que les personnes morales, reconnues personnellement responsables, y compris en matière fiscale, n'ont presque jamais été tenues responsables quant à la mise en jeu de ladite responsabilité. « **L'analyse des banques de données jurisprudentielles ne relève aucune décision portant condamnation d'une personne morale pour le délit de fraude fiscale visé à l'article 1741 du CGI, voire les délits prévus par l'article 1743 du même code** »[24].

Même si le principe est celui de la responsabilité pénale des personnes morales, y compris en matière fiscale, l'irresponsabilité paraît être la règle en matière de fraude fiscale en France. Jusque-là, aucune personne morale n'a fait l'objet d'une condamnation pour fraude fiscale depuis l'évolution du code pénal français.

La question qui se pose consiste à savoir si les autorités publiques ont réagi ainsi à cause du caractère peu dissuasif des sanctions prévues pour les personnes morales, ou tout simplement à cause de la possibilité déjà offerte à l'administration de poursuivre les personnes morales sur le terrain d'autres fondements juridiques, lesquels sont alors spécifiques à certains impôts ? Est-ce par exemple à cause de la mobilité des personnes morales, lesquelles peuvent facilement déguerpir d'autant plus que le risque social, attaché aux emplois, peut être mis en rapport avec l'intérêt social lié à l'action publique ?

C'est ainsi par exemple que lors des poursuites judiciaires engagées contre la compagnie « RAYANAIR » pour travail dissimulé, un des représentants de la compagnie avait indiqué en mai 2010 que « **si le**

[24] L. AYRAULT : « Critère intentionnel et répression de la fraude fiscale : réflexions autour de l'irresponsabilité pénale en matière fiscale », op.cit., p.384.

parquet nous poursuit devant les tribunaux, nous fermerons la base et tant pis pour les emplois et les passagers» [25]?

B- Le palliatif

L'imputabilité de l'infraction à des personnes physiques ne pose pas de problèmes particuliers surtout lorsqu'ils ont commis eux-mêmes la fraude[26]. C'est dans le cadre d'une personne morale que des difficultés peuvent surgir. « **On imagine mal une personne morale manifester une intention d'agir, sauf à se placer au niveau de ses organes ou représentants qui, s'ils sont eux-mêmes constitués sous la forme d'une personne morale, ont également des organes ou représentants. En somme, la responsabilité d'une personne morale impose nécessairement le comportement fautif d'une personne physique agissant pour son compte** »[27].

C'est ainsi que la responsabilité pénale des personnes morales présente la particularité d'être à la fois indirecte et personnelle. Elle peut être qualifiée de « **responsabilité du fait personnel par représentation** »[28]. La nécessité de l'intervention d'une personne physique fait de la responsabilité pénale de la personne morale une responsabilité indirecte ou comme l'a qualifié la doctrine une responsabilité « **par ricochet** », « **d'emprunt** », « **par procuration** », ou « **subséquente** » dans la mesure où elle ne peut être mise en cause que par le truchement d'une personne physique[29]. C'est dire que la responsabilité pénale d'une personne morale est le décalque, le reflet exact de la responsabilité pénale de la personne physique qui la représente[30].

En introduisant la responsabilité pénale de la personne morale, le législateur n'a pas cherché à exclure la responsabilité du dirigeant mais plutôt l'affaiblir. Il retient une double responsabilité à la fois celle de la personne morale mais aussi celle de la personne physique. Cette dernière engage sa responsabilité pénale au nom de la personne morale qu'il

[25] Le monde.fr, 20 mai 2010.
[26] L'article 54 de la loi de Finances pour 2016 a étendu les sanctions pénales aux dirigeants de fait des personnes morales ayant assuré de façon effective sa direction.
[27] L. AYRAULT : « Critère intentionnel et répression de la fraude fiscale : réflexions autour de l'irresponsabilité pénale en matière fiscale », op.cit., p.384.
[28] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC : « Le nouveau droit pénal », op.cit., p.525.
[29] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC : « Le nouveau droit pénal », op.cit., p.525.
[30] Voir, la thèse de S. KOUBAA : « La simulation en droit fiscal tunisien », op.cit., p.254.

représente et il est personnellement passible des peines d'emprisonnement édictées par l'article 101 du CDPF ou par les autres textes d'incrimination. Quant à l'amende, elle reste à la charge de la personne morale.

D'ailleurs, la loi oblige de poursuivre les deux et non l'option pour l'une ou pour l'autre. Il s'agit d'une responsabilité cumulative de la personne morale ainsi que de son représentant. Il s'agit entre autres d'une incrimination simultanée qui implique que l'infraction commise par la personne morale coïncide avec celle des personnes physiques ou qu'elles sont étroitement liées. Au lieu de vouloir imputer entièrement la responsabilité pénale de façon totalement impersonnelle à la personne morale, le législateur fiscal prévoit un partage personnalisé de responsabilité collective entre la personne morale et son représentant.

En prévoyant un tel partage de responsabilité pénale, le législateur fiscal déroge au droit pénal général puisqu'en principe la responsabilité pénale, à la différence de la responsabilité civile, ne se prête guère au partage, ni sur le plan de l'incrimination ni sur celui de la sanction. En effet, sur le plan de l'incrimination, on ne peut parler que d'auteur, coauteur, complice ou instigateur et sur le plan de la sanction la peine encourue n'est pas susceptible de partage entre plusieurs personnes. Le poids d'une condamnation pénale n'est pas réparti sur les divers responsables à proportion de leur nombre et de la contribution partielle qu'il aurait pu respectivement apporter à la réalisation de l'infraction. Lorsque l'infraction se trouve insuffisamment caractérisée pour ce qui concerne chacun d'eux, personne n'est en définitive responsable pénalement[31].

En condamnant la personne morale à des peines pécuniaires, le CDPF pourrait aboutir à des résultats réalistes d'autant plus que la personne morale s'avère généralement plus solvable que ses représentants en matière de sanctions pécuniaires. Mieux, sa responsabilité pénale peut être engagée, comme le prévoit l'article 107 du CDPF, par « **toute personne ayant qualité de représenter l'être moral** ». Une telle formule assez large permet d'étendre exagérément la responsabilité pénale des personnes morales des faits commis aussi bien par les dirigeants de droit que ceux commis par les dirigeants de fait.

[31] E.PICARD : « Les personnes morales de droit public », actes du colloque sur « la responsabilité pénale des personnes morales », revue des sociétés, 1993, p. 266.

CONCLUSION

Même si le législateur tunisien n'a pas encore saisi l'occasion pour abandonner le principe de l'irresponsabilité pénale de la personne morale en faveur de sa responsabilité, il serait, à notre humble avis, vain de la reconnaitre, comme l'a fait le législateur français, sans la mettre en jeu et sans la mettre en exergue[32].

Certes, on pourrait comprendre le partage de la responsabilité pénale entre la personne morale et son dirigeant, voire, la poursuite pénale des personnes physiques comme un palliatif aux poursuites pénales des personnes morales, mais aller, à l'instar du droit français, jusqu'à la déresponsabilisation des personnes morales en matière de fraude fiscale malgré une consécration claire de ladite responsabilité par les textes, ne ferait augurer de succès l'abandon du principe de l'irresponsabilité pénale de la personne morale d'autant plus que la responsabilité pénale des personnes physiques n'est pas effective sur le plan pratique en raison de la diversité des portes de sortie de ladite responsabilité, notamment, par le recours à la transaction. Pour une fois, le texte doit suivre le contexte et non le contraire.

[32] L'avant-projet du code pénal qui vise à modifier le livre 1er du code pénal du 9 juillet 1913 dans sa version arabe du 31 mai 2018 consacre dans l'article 19 le principe général de responsabilité pénale des personnes morales.

Les approches conceptuelles du principe de légalité criminelle

Abdelaziz EL IDRISSI
Professeur de l'enseignement supérieur,
Université Ibn Tofail-Kénitra

Texte intégral : Il est intéressant de voir, historiquement, à quel point le principe est ancré dans notre culture. En effet, nous pouvons remonter en des temps bien reculés pour trouver déjà les premières prémices du principe de légalité des peines et des incriminations. Mais les idées sous-tendant ce principe nous proviennent plus précisément du siècle des lumières, avec une attention spécifique à porter à l'auteur Cesare Beccaria dont la notoriété tient au fait qu'il en a fait une réelle consécration dans la culture occidentale.

Il y a là un concept fondamental de justice tendant à empêcher toute détention arbitraire. A ce titre, le principe de légalité est apparu comme tellement important qu'il fût inscrit dans de nombreuses constitutions. Ce concept ne cesse de connaitre des mutations profondes pour s'adapter à l'évolution de la société.

Par ailleurs, le droit pénal marocain dans ses dispositions préliminaires (articles 3,4,5) affirme avec force ce principe cardinal. La suprématie de ce concept, au sens formel, s'explique par des raisons historiques interne et supranationale. Dans ce contexte, le droit international renforce l'application de ce principe au droit pénal et pose des garanties de la discipline. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit : *« la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ».

Malgré la place incontournable de ce concept en tant qu'un excellent révélateur de l'évolution de l'état du droit pénal, il est devenu un sujet susceptible de contestation. Certains auteurs voient dans ce principe un déclin et une régression, d'autres y décèlent plutôt sa transformation. S'agit-il d'une évolution conceptuelle de ce principe ou d'une dérive ?

I- La reconfiguration conceptuelle du principe de légalité criminelle

« *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* ». Adage formulé par Ritter Von Feuerbach au XIXe siècle pour retranscrire le but et les effets du principe légaliste, il est le socle du droit pénal. Ce principe a suscité nombre de commentaires, de critiques et de discutions. Il est un sujet inépuisable, surtout en considération des nombreuses évolutions conceptuelles. Il est souvent indifféremment question du principe de légalité des délits et des peines et du principe de légalité criminelle. Bien que les deux principes aient en effet la même définition et le même objectif, leur domaine d'application est différent. Le premier vise les délits et les peines. L'expression « délits et peines » est une facilité de langage et vise évidemment les crimes, les délits, les contraventions et les peines. Cependant, est exclue la procédure pénale. Pourtant, le principe de légalité a pour but d'empêcher l'arbitraire des juges du fait du caractère privatif de liberté de la matière. Ainsi, la notion de « criminelle » est plus adaptée, car elle prend en compte toute la matière pénale, le droit pénal de fond mais également la procédure pénale. Les idées de nécessité et de modération seraient communes aux figures de la légalité.

De ce principe découle une conséquence importante. Il faut que la mesure incriminée ait une base légale revêtant une certaine qualité conceptuelle : c'est l'accessibilité et la prévisibilité de la loi pénale. Les incriminations doivent être définies dans leurs éléments matériels et intentionnels. Les pénalement responsables doivent pouvoir être aisément identifiés, les causes d'exonération de la responsabilité doivent être suffisamment précises.

Autrement dit, si les concepts choisis par le législateur ne sont pas intelligibles au moment des faits, alors il n'est pas possible pour le prévenu de connaitre les conséquences pénales de ses actes. De ce fait, l'accessibilité de la norme pénale implique une certaine clarté dans les termes[1]. En effet, cette exigence peut se définir comme ce qui est compréhensible par un texte. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impose la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire. En effet, une loi vague ou compliquée crée autant d'incertitudes que des

[1] Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13 édition ECONOMICA, 2006, p. 179.

solutions. En vertu, de ce principe, l'interprétation de la loi est strictement encadrée en matière pénale comme l'écrivait PORTALIS : « *Il faut des lois précises et point de jurisprudence* ». La qualité rédactionnelle est donc, non seulement, un rempart contre un pouvoir discrétionnaire qui punirait sans discernement mais encore un modérateur procédural.

En application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, le juge est soumis à ce principe qui signifie l'interdiction d'élargir l'application d'un texte pénal pour réprimer des faits nouveaux[2]. Seule la loi a ce monopole, MONTESQUIEU avait affirmait dans une formule demeurée célèbre que les juges ne devraient être que « *Les bouches qui prononcent les paroles de la loi* ». Pour BECCARIA : « *Aucun magistrat, qui fait partie de la société, ne peut sans injustice infliger de son chef des châtiments contre un autre membre de la société, car une peine qui dépasse la limite fixée par les lois représente la loi injuste, plus une autre peine ».* Il existe une seule et unique interprétation possible du texte, qui celle voulue par le législateur. Par conséquent l'exégèse des textes, c'est rechercher leur signification et leur portée par la seule analyse de ces textes eux-mêmes.

Cependant, cette conception ne résiste pas à l'épreuve de la réalité. Par le passé le juge pénal était confronté à cet exercice même pour les concepts clairs. Exemple : le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui. Au moment de l'élaboration de l'article 505 du Code pénal, aucune difficulté ne semblait apparaître quant à son interprétation. Doit-on considéré que le vol d'énergie est constitué dès lors que la personne s'empare de ce bien incorporel à l'insu de son propriétaire ? Néanmoins avec l'évolution de la société et des technologies, notamment avec l'apparition du numérique et du tout dématérialisé se pose la question de savoir si une information peut être volée ? Est-ce qu'une information peut entrer dans la qualification de « chose » au sens du droit pénal et si celle-ci peut être soustraite ?

Si le juge pénal applique la loi, il doit obligatoirement rechercher le sens des mots, le sens des phrases, le sens et la signification de la loi. Sur le plan légistique, le législateur confectionne la loi pénale sans pour autant définir tous les termes. Le juge doit préciser et donner un sens car les mots du droit ont plus ou moins comme tous les mots un caractère incertain,

[2] Bernard BOULOC, Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal et procédure pénale*, 16 édition SIREY, p. 49.

indéterminé, polysémique. La qualification des infractions nécessite une approche conceptuelle méthodique pour moduler les faits incriminés au droit.

Aujourd'hui, le droit est soumis au phénomène d'inflation législative. Le juge pénal va ainsi suivre « la tendance ». Il va développer davantage les concepts de droit pénal par la motivation des décisions judiciaires, créant une inflation jurisprudentielle. De plus, la multiplication des recours au juge pénal par les citoyens engendre une multiplication de l'interprétation de la loi pénale. Cela est d'autant plus vrai puisque d'une seule loi, il peut en découler une multitude d'interprétations. Par exemple, concernant le point de départ de la prescription de l'action publique pour les infractions dissimulées. La Cour de cassation précise que le point de départ de prescription se situe au jour de la découverte de l'infraction et non de sa commission. Or, les juges avant d'appliquer ce régime dérogatoire, ils devraient cerner le sens des infractions occultes.

L'évolution de la jurisprudence pénale peut aussi donner lieu à des revirements d'interprétation des textes répressifs par rapport à l'interprétation constante. La doctrine ne traite que très peu de ce sujet.

Par ailleurs, l'herméneutique du droit dépend très largement de la nature du système en place. Le droit anglo-saxon n'est pas un droit écrit mais un droit jurisprudentiel. La culture juridique de la *common law* s'inspire des décisions des juges judiciaires pour appliquer le droit. Le développement des concepts juridiques est attaché aux décisions *Supreme Court of the United Kingdom* (Cour suprême). L'importance des concepts de droit ne tient donc pas d'une source unique telle que la loi mais de son émergence en tant que pratique. C'est donc là, la première différence avec le système romano germanique. Les préceptes juridiques ont été construits en Angleterre par les juges plutôt que le législateur. La notion de *law* fait référence au droit et non à la loi.

II- Le principe de légalité criminelle au regard des concepts constitutionnel et conventionnel

Il convient de préciser que l'histoire normative a fait émerger une autre notion voisine de droit public appelée la légalité administrative. Ce concept

a une autre signification construite par le juge administratif pour être appliquée à la seule administration[3].

Devant tant de bonnes raisons on s'est depuis longtemps demandé si le principe de légalité ne devait pas avoir une force maximale en ayant valeur de règle constitutionnelle. Théoriquement, il parait plus qu'évident que le droit pénal et le droit constitutionnel se rejoignent. Les deux interviennent dans le domaine sensible des libertés individuelles. Le législateur est concerné directement par l'exigence constitutionnelle pour cerner les contours des principes constitutionnels qui parfois peuvent s'opposer : le droit à la sécurité face au droit au respect de la vie privé. Certes, la démultiplication des lois d'exception en matière de terrorisme reflète avec clairvoyance ce dilemme.

Dans la pratique, les conceptions juridiques différentes des juristes privatistes et publicistes ne leur permettent pas de porter le même type d'appréciation. La différence de culture juridique émane de la nature des concepts issus de la norme juridique. Il en résulte que la Constitution et spécialement la procédure pénale n'utilisent relativement ni le même langage ni les mêmes concepts. Là où la norme suprême évoque : « *toute personne détenue* », la norme procédurale définit avec précision la garde à vue, la détention provisoire.

Il parait plus qu'évident que le contrôle de la constitutionnalité des règles pénales suscite un intérêt sans précédent justifiant une littérature conséquente. A juste titre, plusieurs concepts constitutionnels deviennent des principes inattaquables autour desquels gravite tout le système pénal. Pour illustrer, la Cour constitutionnelle a développé plusieurs concepts prévus dans la Constitution car ils sont les fondements de la démocratie. Le contrôle de la constitutionnalité de la loi organique relative au statut de la magistrature du 24 mars 2016 a posé le problème fondamental lié au principe de la séparation des pouvoirs et la hiérarchie à laquelle dépendaient les magistrats du parquet[4].

[3] Louis FAVOREU, Légalité et constitutionnalité, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°3, 1997.

[4] Décision de la Cour constitutionnelle relative à la constitutionnalité de la loi organique n° 106-13 portant statut des magistrats, Décision n° 16/992 du 15 mars 2016, Dossier n° 16/1474.

À l'opposé de cette conception ascétique, la vision conventionnelle du principe légaliste apparaît incontestablement plus ouverte. Au gré des droits européen et international, on est passé du constat de concepts classiques à une conception récente synonyme de maturité du droit pénal.

Le principe de légalité criminelle n'est pas explicitement énoncé dans la Convention européenne des droits de l'homme. C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a proclamé ce principe comme découlant de l'article 7 de la Convention[5]. Toujours en lien avec le principe de légalité des délits et des peines, l'article 15 de la Convention empêche que des dérogations au principe soient faites en cas de situations d'urgence. Il s'agit d'éviter, en cas de crise, des situations d'abus où le justiciable se voit appliquer des lois de manière rétroactive ou encore des textes de loi par analogie[6].

Par ailleurs, au regard de la diversité des régimes juridiques qui sont soumis à la Convention, le principe de légalité criminelle n'est pas entendu aussi strictement qu'en droit pénal français. La Cour européenne des droits de l'homme veille donc sur des systèmes juridiques très différents. Son mode de saisine individuelle et l'absence de ministère public en son sein, l'amènent à observer les droits fondamentaux principalement par le prisme des revendications des requérants. L''État défendeur se trouve sur un pied d'égalité avec le particulier à l'origine de l'affaire.

La Convention européenne ne limite ainsi pas le principe de légalité criminelle uniquement à la loi résultant de la procédure législative. Les arrêts de la Cour de Strasbourg concluent que le principe de légalité criminelle ne vise pas uniquement la loi au sens formel, mais plutôt la norme pénale qui peut résulter, soit du texte écrit, soit de la jurisprudence. De ce fait, le principe de légalité criminelle doit être reconfiguré afin de prendre en compte ce nouveau paramètre.

La légalité criminelle n'est, pour le juge européen, qu'une question de sécurité juridique et de prévisibilité de l'interdit pénal dont la source importe peu. Autrement dit, la Cour européenne des droits de l'homme impose une large conception du principe de légalité criminelle comme

[5] Jean LARGUIER, Philippe CONTE, Patrick MAITRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23 édition Dalloz, p. 17.

[6] Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Edition du Conseil de l'Europe, 31août 2019.

englobant le texte écrit et son interprétation. A titre d'exemple, dans l'arrêt *Kokkinakis* rendu le 25 mai 1993, la Cour européenne des droits de l'homme précise que « *l'article 7-1 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie; il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* »[7]. Cela démontre que la jurisprudence constante constitue la source en droit européen depuis plusieurs années.

En guise de conclusion, la mutation du principe légaliste n'est pas seulement juridique mais plus profondément culturelle. Elle marque un changement de rôle des acteurs de la vie juridique. Comme l'explique le Professeur Conte : « *de la règle conceptuelle, on est passé à la règle fonctionnelle, si bien que le juge est l'arbitre non plus des litiges, mais de la norme elle-même* »[8].

[7] Pascal BEAUVAIS, Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes, *Archives de politique criminelle*, n° 29, 2007, p. 3.

[8] Bertrand DE LAMY, Dérives et évolution du principe de la légalité en droit français : contribution à l'étude des sources du droit pénal, *Les cahiers de droit,* n° 3, 2009, p. 609.

La protection légale du cadavre en droit pénal marocain un concept flottant

(qualifications et imprécisions)

ELKHEYYAT Fatima Zohra

Doctorante en droit privé à la FSJES- Oujda

Résumé :

La présente étude a permis d'évaluer l'étendue du principe de la protection légale du cadavre en droit pénal marocain , et à soulever son caractère flottant qui mène vers des imprécisions remettant en cause son objet qui pourra être frappé d'inefficacité , tout en traitant quatre grands axes qu'on peut les regrouper d'après notre amble avis en deux catégories , à savoir le cadavre jouit-il d'une protection légale qualifiée aux êtres vivants (peut on le considérer comme une personne ou une chose sacré), et le fondement des incriminations des infractions spécifiquement destinées à la protection de la dépouille mortelle . par ailleurs ces pistes nous permettent à répondre à plusieurs questions intimement lié à l'exécution de ce principe qui souffre d'une imprécision vague et de nombreux lacunes.

Les mots clés :

Sépulture ; tombeau ; dépouille mortelle ; cadavre ; inhumation ; exhumation ; ensevelir.

Depuis la nuit des temps, la dépouille mortelle se distingue des sépultures animales par une grotte, un dolmen, un tumulus ou un cairn.

L'Antiquité évolua et mettra en très tôt un culte spécial de la mort comme le prouve et consacre « le livre des morts des anciens égyptiens ». La constatation de la mort résidait alors sur un signe très simple : La décomposition du cadavre. C'est pourquoi l'homme chercha plusieurs moyens à fin d'assurer une protection solide à l'intégrité du cadavre contre toutes formes de destruction et de mal. L'embaumement et l'inhumation procédèrent de cette logique[1].

Le droit positif marocain a toujours reconnu le cadavre comme une chose respectable en s'appuyant sur les recommandations de la religion musulmane. Il a eu l'occasion à plusieurs reprises d'exprimer le respect de l'être humain à travers la notion de la dignité humaine. Ensuite le législateur a décidé d'aller plus loin , en reconnaissant au corps humain le caractère de chose sacrée lorsque celui-ci n'a plus la personnalité juridique .

Car la qualification exacte du statut juridique du cadavre persiste depuis longtemps dans les champs doctrinal, « mais les auteurs s'accordent très majoritairement à penser que « le cadavre de l'homme n'habite plus un sujet de droit »[2]. Si à la naissance, une personne devient sujette de droit, à sa mort elle perd cette qualité elle ne constitue plus qu'un objet de droit. Le cadavre est une chose, mais une chose sacrée : Les morts ne doivent donc pas être traités sans égard particulier.

Le code pénal a également aménagé une forte protection des cadavres en prévoyant un chapitre 4 : Des crimes et délits commis par des particuliers contre l'ordre public : « infraction relatives aux sépultures et au respect du aux morts ». en incriminant l'atteinte à l'intégrité du cadavre ainsi que toute violation , profanation de sépultures , le législateur entend imposer une obligation de respect à l'égard des morts « l'objectif ici est de préserver la dignité de ce qui constitue le support de l'être humain et de ce qui l'entoure à jamais pour ce qu'il représente de sacré »[3].

[1] BAUD Jean-Pierre, L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps, Seuil 0992, pp.79-80.

[2] 5 Sous la direction de Bruno Py, La mort et le droit, Collection « santé ; qualité de vie et handicap », regard du droit pénal sur la médiatisation de l'image de cadavre, JULIE LEONHARD, Presses Universitaires de Nancy, 3101, .p.211

[3] MISTRETTA (P.) « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », JCP éd. G 12 janvier 2005, pp. 15-20.

La sacralité de la dépouille mortelle n'est pas difficile à définir, elle n'est pas une notion à l'origine juridique, mais empruntée au système religieux.

Afin de bien cerner toutes les grandes lignes qui nous mettent dans l'importance de les traiter profondément que brièvement, pour réussir notre étude, un plan de deux grandes parties nous semble être adéquat, tout en essayant de répondre à toutes les questions posées ultérieurement et à qui les réponses seront issues de plusieurs recherches établies dans plusieurs ouvrages, et ce qui nous a mis dans l'obligation d'adapter les informations au droit pénal marocain.

I- Le statut juridique du cadavre aux yeux du droit pénal marocain

Dans cette première partie nous allons traiter la thèse de refus de personnification du cadavre dans le droit pénal qui peut être considère le cadavre humain comme une personne.

A- Le refus de personnification du cadavre par le droit pénal général

L'étude se déroulera comme suit : elle se résumera en une question : le cadavre peut-il être victime d'une infraction ?

1- Le cadavre peut être victime d'une infraction ?

Le principe de protection légale qu'assure le droit pénal marocain à la dépouille mortelle , nous poussent à dire que le cadavre peut être victime d'une infraction , et d'admettre indirectement qu'il dispose le même statut, que dispose une personne vivante.

C'est donc appliquer à l'auteur de l'infraction les pénalités prévues par les qualifications relatives aux personnes. Le cadavre est-il protégé par ces qualifications ? La réponse relève de l'étude du délit impossible.

« En droit pénal, la doctrine classique considère que l'on ne peut utiliser les qualifications protégeant la personne _ telles les coups et blessures, le meurtre, le viol, l'attentat à la pudeur, le rapt_ en cas d'atteinte portée au cadavre : on y voit l'illustration du délit impossible»[4]. En principe, en dépit de l'intention criminelle qui peut exister chez celui qui porte des coups à une personne déjà morte, on déclare que l'auteur d'un tel acte doit rester impuni. On considère qu'il manque un élément de l'infraction, et l'on parle d'impossibilité de droit. L'objet du délit est inexistant, on ne peut pas tuer

[4] Sur le délit impossible : MERLE et VITU, Traité de droit criminel, p.336, 9éme éd .D.1976.

quelqu'un qui est déjà mort. « En conséquence, la « tentative de meurtre » d'une personne déjà morte ne devrait pas être sanctionnée au titre de la qualification de meurtre. C'est ce que retient la doctrine classique.[5]

Dès lors que la personne est décédée, on ne peut plus utiliser les qualifications pénales protégeant les personnes : il faudra se rabattre éventuellement sur d'autres notions, telles la violation de sépulture, à condition que les éléments de l'infraction soient constitués. » [6].

Les conséquences de ce principe heurtent parfois la morale et choquent le bon sens. Elles révèlent en tout cas la grande distinction qui existe entre le droit pénal et la morale. Nous en donnerons deux exemples : Le premier est tiré de l'infraction de viol, le second du délit de l'article 431 du code pénal marocain.

2- Le Viol

L'infraction de viol est définie par l'article 486 du code pénal, comme une atteinte physique contre le gré de la victime. L'atteinte à l'intégrité physique serait licite, si elle était consentie et dans le cadre du mariage. Bien évidemment, Le viol ne peut plus exister lorsqu'il est commis ou même tenté, sur une personne qui est déjà morte, et qui a donc perdu la qualité de consentir ou de refuser. La tentative de viol du cadavre n'est donc pas punissable puisque par hypothèse, l'acte est dépourvu d'efficacité juridique. Il faut en conséquence se rabattre sur la qualification de violation de sépulture, si bien sur les éléments caractérisant cette infraction sont réunis. Il faut ainsi que le cadavre ait été enseveli, ou ait reçu les premiers apprêts funéraires. Le viol d'un cadavre non enseveli est en principe impuni.

3- le délit de l'article 431 du code pénal marocain

Cet article punit quiconque « s'abstient volontairement de porter, à une personne en péril, l'assistance que sans risque pour lui ou pour les tiers il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». Prenons comme hypothèse de travail les faits qui étaient soumis à l'appréciation du tribunal de première instance. Une voiture écrase un cycliste, qui meut sur le coup de l'accident. Le conducteur qui a pris la fuite

[5] XAVIER LABBEE, Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort), Presse universitaire de Lille, 1990, p.200

[6] 3 XAVIER LABBEE, Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort), Presse universitaire de Lille, 1990, p.200

après l'accident est poursuivi pour homicide et délit de fuite. Peut-on, de sur croit, lui imputer le délit d'omission de porter secours à une personne en danger ? Il manque à l'‟infraction un élément important. Cette dernière suppose en effet un « péril imminent » c'est-à-dire actuel. Le délit ne peut être établit lorsque la victime est morte sur le coup. L'état du danger étant déjà dépassé au moment ou se pose l'obligation du secours, donc il n'y a plus de personne en péril, il y a un cadavre.

Comme le souligne M.HUGUENEY dans une formule lapidaire « un mort n'est plus une personne, un mort n'est plus en péril »[7].

« Monsieur PAGEAUD »[8] pousse quant à lui, plus loin l'analyse. « Nous serions tenté dit cet auteur, de penser qu'il y aurait avantage à envisager cet élément objectif comme une sorte de condition préalable d'application. La distinction souligne, dans l'examen des divers éléments de l'infraction qui doivent se trouver tous finalement réunis, l'ordre dans lequel il convient de les analyser. Si la condition préalable fait défaut, il est inutile d'aller plus loin. » Dire que le péril est imminent, « c'est-à-dire qu'il est actuel rendant d'acte d'assistance immédiatement nécessaire ; mais c'est dire que le péril ne doit pas être réalisé : on ne peut pas reprocher à quelqu'un de ne pas secourir un tiers qui n'en a plus besoin, le danger auquel il s'était exposé s'étant réalisé. Il n'y a donc pas de cadavre en péril ». [9]

Cette solution peut paraitre instinctivement choquante ; lorsqu' une victime est dans un état désespéré _ serait-elle à quelques instants de la mort _ elle est considérée juridiquement toujours comme une « personne ». Elle est donc en état de péril. La condition préalable de l'infraction existe, et l'assistance est obligatoire (fut-elle d'ailleurs maladroite ou inutile, car ce qui importe « c'est le geste »[10].

« Il apparait choquant de punir une personne qui n'a que blessé la victime, et de ne pas condamner au titre de la non –assistance à personne en danger, celui qui a tué. C'est un peu une « prime à l'homicide ». Il apparait inadmissible de ne faire dépendre l'existence de l'infraction non de l'attitude du prévenu, mais de l'état de la victime d'autant que la notion de

[7] HUGUENEY, R.S. Crime 1950, p.413.
[8] PAGEAUD, Note sous T.correctionnel de Belley, D.1953, p.712.
[9] XAVIER LABBEE, Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort), Presse universitaire de Lille, 1990, p.201.
[10] T.C. de Ville franche, 17 mars 1953, JCP 1953 2 7429, Note PAGEAUD.

« non-assistance à personne en péril » ressemble fort au devoir d'entraide »[11].

Le délit de l'article 431 n'est pas un délit d'intention, qui reposerait sur une fiction. S'il a comme but de réprimer une attitude inadmissible, qui réside en un manquement à un devoir d'humanité, il n'en demeure pas moins qu'il suppose un élément objectif qui ne dépend pas de l'appréciation de l'inculpé, et qui est l'existence de la personne vivante. On ne pourrait pas non-plus se pencher sur la probabilité que la personne qui a pris la fuite n'avait pas la certitude que la victime a trépassé et qu'elle pouvait croire qu'elle n'était que grièvement blessée. Imputer à l'auteur de l'acte le délit de l'article 431 serait incriminer un délit d'omission purement putatif, délit que chez nous les partisans les plus convaincus de la répression du délit impossible hésitent encore à réprimer .[12]

Un cadavre ne peut donc pas être « victime » dans la mesure où il ne parait pas protégé par la qualification relative aux personnes.

B- est ce qu'une personne morte peut commettre une infraction

Peut-on imputer la responsabilité pénale à une personne décédée ? Nous traiterons la question tant au niveau de la commission de l'infraction (Sous section 1) que de l'exécution des peines (sous section 2)

1- La commission de l'infraction

On pourrait mettre en œuvre plusieurs hypothèses dans lesquelles la personne décédée pourrait se rendre coupable d'une infraction. « Imaginons par exemple le délit de port illégal d'uniforme, l'infraction de port d'armes, ou pourquoi pas, l'hypothèse des blessures ou de l'homicide causés par la présence d'un cadavre. Une personne se blesse en voulant éviter, ou en heurtant, un cadavre. »[13]

Les infractions sont-elles, en réalité, constituées ?

Il n'existe aucun texte qui vient directement préciser qu'un cadavre est incapable de commettre une infraction : pourtant un raisonnement par

[11] XAVIER LABBEE, Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort), Presse universitaire de Lille, 1990, p.201.
[12] DONNEDIEU de VABRES, traité du droit criminel, 3éme Edition., p.144
[13] XAVIER LABBEE, Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort), Presse universitaire de Lille, 1990, p.202

analogie peut être mené, qui concerne l'application de l'article 3 al 1 du code de procédure pénale. Cet article dispose que « L'action publique s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose irrévocablement jugée. »

De cet article on déduit que, si une personne vivante commet une infraction et vient à décéder, elle ne pourra plus être poursuivie. A fortiori, on ne peut pas poursuivre un cadavre qui commettrait une prétendue infraction.

L'article 3 alinéas 1 du code de procédure pénale semble donc souligner le principe qu'un cadavre ne saurait être considéré responsable pénalement.

Toutefois, selon nous, il faudrait clarifier ce résultat autrement que par le raisonnement par analogie car les deux situations ne paraissent pas absolument authentiques, et les conséquences peuvent être distinctes. L'article 3 prévoit la situation d'une personne délinquante qui commet une infraction, puis meurt. Logiquement et juridiquement cette personne ne peut en aucuns cas être poursuivie. Cependant l'action publique n'est pas éteinte vis-àvis des co-auteurs, des complices, qui peuvent toujours être poursuivis malgré le décès de l'auteur principal.

Ne faudrait-il pas plutôt dire que le décès est principalement une cause de disparition de l'infraction, puisqu'au moment de l'infraction le prétendu auteur est déjà décédé ?

Pour nous, il parait avantageux de se positionner dans l'ongle de l'élément intentionnel pour clarifier la réponse.

Une personne morte, étant inapte de distinguer le bien du mal, n'est plus à même de consommer une infraction. L'élément intentionnel à tout le moins fait défaut.

La société actuelle considère qu'un mort, n'est plus susceptible de se voir imputer une quelconque responsabilité. Le même raisonnement doit être mené au niveau de l'exécution des peines.

2- L'exécution des peines

Imaginons qu'un délinquant meurt après lui avoir infligé une condamnation définitive, à un moment où, par conséquent, les sanctions prononcés sont exécutoires. Est-ce qu'on pourra tout de même exécuter la décision de justice pénale sur le cadavre ?

Des systèmes de droit plus anciens connaissaient les « procès à cadavre » ainsi que l'exécution directe des peines sur la dépouille de l'individu »[14]

Le cadavre était, dans un certain temps, considéré comme une personne vivante, puisqu'il était susceptible de lui exécuter une peine. Il n'en va plus de même aujourd'hui. On ne peut jamais entendre parler, en droit pénal moderne, de « procès de cadavre » ; la raison généralement définie par les auteurs est que le principe de « personnalité des peines » contenue dans l'article 49 et 50 du code pénal, s'oppose à telles situations.

Ceci ne prouve il pas que le cadavre, pour le droit pénal, n'abrite plus une personne ?

II- La protection Légale du cadavre humain

A cela on objectera que le raisonnement est loin d'être totalement juste. Après tout, il existe des qualifications compatibles, en droit pénal, qui sont relatives aux sépultures. On connait ainsi le délit de « violation de sépulture » de « recel de cadavres » ou de « transport des cadavres ».

A- La protection prévue par le droit pénale marocain (art 268 à 272 Du CPM)

Ces infractions n'ont-elle pas pour fondement d'assurer une certaine protection de la dépouille mortelle ? Le cadavre ne serait-il pas conçu, par le droit pénal, comme une « personnalité finissante », et protégé en tant que telle ?

[14] Sur les « procès à cadavre ».TIMBAL, « La condition juridique des morts », thèse Toulouse 1902, p.130 et suiv. RABAUD, « le procès à cadavre et à la mémoire », Revue Chrétienne 1892, 2éme semestre, p 43. JOUSSE décrit l'exécution des peines criminelles aux cadavres dans l'ancienne France : « Quand le cadavre du défunt est encore extrant le juge doit ordonner, sur les conclusions de la partie publique, qu'il sera apporté dans la basse geôle, s'il y en a, et sinon dans un autre endroit de la prison. Si l'instruction ne peut pas être sitôt achevée, on a soin de le faire embaumer afin de le conserver pour pouvoir exercer sur lui la condamnation, au cas que ce défunt soit déclaré coupable. Le juge ordonnera à cet effet que le cadavre restera en la garde, et en la possession des personnes qu'il nomme pour cela, jusqu') ce qu'il en soit ordonné par le juge. Mais si ce cadavre est tel qu'il puisse être conservé on ordonne par provision qu'il sera enterré en terre sainte ou rofane, sauf à l'exhumer (JOUSSE TOME 3.P.299) Lorsqu'une condamnation est prononcée, et que le cadavre subsiste, il est livré aux bourreaux, trainé sur une claie la face contre terre »

Le fait qui nous préoccupe le plus est celui-ci : le droit pénal, résulte d'une conscience collective, va-t-il assurer une protection au cadavre par la qualification de « violation de sépulture » en le considérant comme une personne méritant une protection même au-delà de la mort ? Va-t-il au contraire considérer que cette sépulture _ asile du mort_ qui mérite protection ? (auquel cas la protection du cadavre n'est plus qu'indirecte).

L'histoire nous montre que les plus anciennes législations ont sévèrement puni la violation de tombeaux, et l'outrages aux morts.[15]

1- Le délit de violation de sépulture

L'étude du droit pénal marocain nous montre que le Maroc fait parti des pays où la morale et la religion ont une importance prépondérante, c'est bel et bien la protection du cadavre qui est assurée. C'est l'article 268 du code pénal qui définit l'infraction de « violation de sépulture ». « Quiconque détruit, dégrade ou souille les sépultures par quelque moyen que ce soit, est puni d'emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 200 à 500 dirhams » .

Cette qualification pénale assure-t-elle une protection efficace du cadavre ? En quoi consiste l'infraction ?

2- L'élément matériel :

Le code pénal s'engage à définir l'élément matériel, comme étant un acte coupable de « destruction, ou dégradation des sépultures par quelque moyen que ce soit » sans nous donner d'autre précision.

Qu'est ce qu'une sépulture ? Si la sépulture n'est que le monument funéraire, la pierre tombale, il nous faudra conclure que le cadavre est loin d'être protégé par la qualification de l'article 268 du code pénal. Faut-il au contraire, dire que celui qui porte atteinte à un cadavre porte de ce fait atteinte à la sépulture ? Une réponse affirmative nous donnerait

[15] 2 Le droit romain punissait très sévèrement ce crime. La sépulture est, à Rome, une « res religiosa » dont la violation constitue un sacrilège. L'auteur de ce crime encourt, suivant sa condition, la mort la déportation. Des peines particulièrement graves sont même infligées aux juges qui négligent de poursuivre de tels outrages. L'islam consacre une énorme sacralité au tombeau du musulman mort et le considère comme sa propre maison, ce qui interdit de lui mettre dessus tout ce qu'on ne peut mettre dans une maison, et il est interdit de lui porter atteinte .

l'assurance d'une protection efficace du cadavre de l'homme. Qu'en est-il, en fait ?

Pour GARRAUD, il n'est pas douteux que « ce sont les restes de l'homme, et non le tombeau lui-même, que la loi a voulu défendre contre toute profanation ; par suite, ce ne sont pas seulement les actes matériels commis contre les sépultures que la loi a entendu punir, mais les outrages faits au cercueil, au lit mortuaire, et au cadavre lui-même » [16]. Cette interprétation n'est-elle pas trop laxiste ?

Si la consommation de l'infraction suppose une atteinte à la dépouille mortelle, encore faut-il que ce cadavre soit enseveli, et que l'acte matériel porte atteinte aux droits d'une personne sur la sépulture :

Le cadavre doit être « enseveli » :

La loi pénale _ d'interprétation stricte _ punit la « violation de sépulture et de tombeau ».

Que faut-il entendre par « sépulture » ? « Il va de soi que celui qui endommage un tombeau vide ne rend pas coupable du délit de violation de sépulture ? »[17] La sépulture n'existe que dans la mesure où un corps a été enseveli. « En droit positif, celui qui porte atteinte à une tombe vide, qui démolit un monument qui n'abrite aucune personne, ne se rend coupable de délit de violation de sépulture. »[18]

La sépulture doit comporter un cadavre ou de restes mortels de la personne. Donc nous pouvons dire qu'un cadavre est- en soi, une sépulture ? Celui qui porte atteinte à un cadavre commet-il nécessairement le délit de violation de sépulture ? Une réponse négative se manifeste: la loi est d'interprétation stricte. Cette dite loi punit la « violation de sépulture et de tombeau » On ne peut théoriquement pas assimiler le cadavre à la sépulture, sans dépasser la volonté du législateur.

« La jurisprudence estime qu'il a sépulture, dès lors que le corps est enseveli. « Ensevelir, dit Littré, c'est recouvrir le corps d'un linceul ». Pour Monsieur Roger de LESTANG , le « corps doit être prêt pour l'inhumation » ,

[16] GARRAUD, OP.cit., tome 5, n°2291, note 4.
[17] De façon générale : Henri-Daniel LACOMBE, thèse Poitiers 1886 « des sépultures »
[18] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990,p.209.

il faut « qu'il y ait quelques préparatifs à cette fin , ou même un « commencement de cérémonie funèbre »[19].

Un laps de temps existe donc, entre le moment de la mort, et le moment où le cadavre sera considéré comme inhumé, c'est-à-dire aura reçu un apprêt funéraire, pendant lequel le cadavre ne sera pas protégé par la qualification pénale de l'article 268. « Comme le remarque le professeur DIERKENS « L'extension donnée au mot sépulture se justifie par des considérations d'ordre moral, plutôt que par des arguments juridiques. Il est évident qu'il existe dans la loi, en ce qui concerne la protection du cadavre, une lacune. C'est en vue d'y remédier que la Doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de donner aux mots « tombeau », « sépulture », une extension aussi large que possible. »[20]

On peut se poser la question sur l'application de l'article 268 dans cette hypothèse précise, ou à tout le moins discuter ; au sens strict la sépulture suppose un « commencement de cérémonie funéraire » ou un « apprêt funéraire ».

« En tout état de cause, le cadavre n'est pas protégé pour lui-même. La sépulture est une notion distincte de la dépouille mortelle de l'individu. Il est plus exact de dire que le droit pénal fait du cadavre enseveli une « chose sacrée », que de dire que ce même droit pénal personnifie au travers de la législation des sépultures la dépouille de l'homme. Si ce délit avait pour fondement la protection de la personne, cette protection serait ininterrompue. Or il existe un laps de temps pendant lequel le cadavre n'est pas protégé »[21].

Que conclure à ce stade de l'étude ?

On peut déduire deux choses : d'abord, le cadavre n'est protégé que partiellement par la qualification de l'article 268. En effet, l'infraction peut exister sans qu'il y ait contact direct matériel entre le cadavre, et l'auteur de l'infraction.

---

[19] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990,p.210.

[20] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990,p.211.

[21] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990,p.212.

En revanche, toute atteinte au cadavre, même volontaire, ne constitue pas nécessairement une violation de sépulture.

Par ailleurs, la qualification de l'article 268 doit d'avantage se rattacher, selon nous, au droit des biens (quitte à admettre que la sépulture est un bien de nature particulière) qu'au droit des personnes.

Mais l'étude de l'élément moral de l'infraction va nous permettre d'apporter de nouvelles précisions.

3- l'élément moral

La consommation juridique d'une infraction, ne se contente pas d'une manifestation d'un élément matériel qui est prévu et puni par la loi pénale, mais, il faut encore, que cet acte matériel ait été l'œuvre de la volonté de son auteur qui a un esprit criminel. Ce lien qui existe entre l'acte et l'auteur constitue l'élément moral.

En quoi consiste-t-il pour la présente infraction ? La règle est unique, comme pour toute infraction, faire la distinction entre l'intention coupable et le mobile.

« L'intention coupable, qui est la volonté consciente d'accomplir un acte illicite, est toujours la même. Pour l'infraction de violation de sépulture, l'infraction sera réalisée lorsque l'agent aura accompli, avec connaissance, un acte matériel qui implique nécessairement un outrage à la personne ensevelie, susceptible de troubler la paix du mort. Celui qui, volontairement ouvre une tombe, commet un acte outrageant par sa nature. Il est donc inutile, comme l'a soutenu une certaine doctrine, de prouver que l'auteur a agi dans le but d'outrager la dépouille du mort, l'acte révélant en lui-même l'intention »[22]

les faits justificatifs

Il est important donc d'étudier la question des faits justificatifs. Une infraction ne peut exister _ bien qu'il y ait intention_ lorsque l'acte délictueux a été commis en état de légitime défense Art 124 al°3 du code pénal , ou sur ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime Art 124 al°1 ou même en cas de nécessité car , en ce cas , le mobile de l'agent n'est pas antisocial. L'exhumation d'un cadavre rentre dans les actes qui

[22] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990.p.218

constituent une violation de sépulture selon l'article 268 du CP. Mais lorsqu'elle est autorisée, le délit n'est pas constitué, cela va de soi. La loi réglemente l'exhumation. L'exhumation peut être autorisée par l'autorité administrative, sur la demande de la famille, ou lorsque des raisons de salubrité et d'hygiène la commandent.

L'exhumation demandée par la famille est faite, en général, pour donner au cadavre une sépulture plus décente. Lorsque les formalités administratives ont été respectées, l'article 268 ne s'applique bien évidemment pas.

« Toutefois l'exhumation régulièrement autorisée doit être faite avec décence, et respect envers le mort. L'exhumation peut encore être ordonnée par le magistrat, pour les nécessités de la recherche de la preuve dans le procès pénal. C'est le problème de l'autopsie. »[23]

« On ne peut pas poursuivre pénalement, sur la base de la qualification de l'article 268, le médecin qui pratique une autopsie régulière. Il en va de même pour le thanatopracteur, dont le rôle est d'embaumer ou de conserver les cadavres. Les actes qu'accomplit le thanatopracteur seraient en eux même passibles de sanctions de l'article 268 s'ils n'étaient autorisés par la loi. Une autorisation d'embaumement, ici encore, est nécessaire. »[24]

Nous pouvons conclure de cette étude relative à l'infraction de « violation de sépulture », que le droit pénal n'accorde au cadavre qu'une protection incomplète, et que cette protection entre d'avantage dans la classification de l'infraction relative aux biens, plutôt qu'aux personnes ? Cette absence de protection totale semble d'autant plus regrettable qu'on peut penser que le médecin jouit d'une totale impunité, lorsqu'il intervient sur le cadavre.

Qu'en est-il de la qualification de « recel du cadavre » ?

B- Le délit de recel du cadavre

Sur quel appui nous nous fondons pour qualifier le délit de « recel du cadavre » ? Cette qualification protège-t-elle le cadavre, et si oui, en quelle qualité ? C'est l'article 272 du code pénal qui définit l'infraction de recel de

[23] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990.p.219

[24] XAVIER LABBEE , Condition juridique du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990.p.220.

cadavre. « Quiconque recèle ou fait disparaitre un cadavre est puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 250 dirhams. Si le cadavre est celui d'une personne victime d'un homicide, ou mort par suite de coups et blessures, la peine est l'emprisonnement de deux à cinq ans et de l'amende de 200 à 1.000 dirhams. »

Il y'a dans cette infraction, une condition matérielle essentielle, qui est « la présence du cadavre d'une personne victime d'homicide ou morte des suites de coups » qui nous éclaire alors sur le fondement réel de la qualification.

1- l'élément matériel

L'élément matériel réside dans le recel d'une personne morte de mort violente, résultant d'un crime ou d'un délit. C'est bien là à nos yeux, l'élément déterminant de l'existence de l'infraction. Il faut qu'il y ait au départ, un crime ou un délit, ayant entrainé la mort de la personne recélée. Si l'existence de l'infraction est nécessaire pour que puisse exister le délit de recel de cadavre, peu importe le type d'infraction. Ainsi le recel du cadavre d'une personne morte d'un homicide involontaire (tel un bébé mort faute de soins) est punissable, aussi bien que celui d'une personne victime d'un assassinat, d'un meurtre, ou de coups et blessures volontaires ayant entrainé la mort. L'article 272 ne contient aucune précision, et ne faut aucune distinction entre l'infraction volontaire ou involontaire.

« Cela dit, l'existence d'une infraction __ quelle qu'elle soit_ est nécessaire. Il n'y a pas de recel de cadavre dans le fait de cacher une personne décédée suite à un fait ne constituant pas une infraction. La personne qui dissimule le cadavre d'un suicidé ou d'une personne décédée suite à une maladie, ne commet par le délit de recel de cadavre. »[25]

Quel est alors le fondement de l'infraction ?

2- Fondement de l'infraction de recel de cadavre

Ce qui nous intrigue c'est que cette qualification est loin d'avoir comme pour but de protéger le cadavre. « Pourquoi punir la personne qui dissimule le cadavre d'une autre personne victime d'un empoisonnement, et non l'individu qui cache la dépouille mortelle du suicidé ? En réalité, le recel du cadavre est un délit contre l'administration de la justice. Le

[25] GARCON, Art. 459, n°15.

recéleur n'est puni que dans la mesure où, par son attitude, une infraction qui a causé la mort d'une personne risque de ne pas être découverte, ou risque de ne pas être immédiatement découverte, rendant difficile la preuve du décès et l'établissement des moyens employés par les auteurs du crime. »[26]

Le délit de recel n'a donc pas pour but de protéger la dépouille mortelle de l'homme. Le recéleur n'est pas puni en raison de l'objet qu'il dissimule, mais parce qu'en dissimulant le cadavre, il empêche la justice de découvrir une infraction.

Que pouvons-nous conclure de tout ceci ?

Le droit pénal refuse donc d'accorder au cadavre un statut de personne. Les développements sont nets . Plus généralement, c'est le corps humain après la mort qui se voit refuser par le droit la qualité de personne. N'étant pas au service d'un sujet de droits, d'une personne, on ne peut pas le considérer comme tel.

Conclusion

La dépouille mortelle d'après ce qu'on a eu l'occasion de voir demeure un objet social certainement difficile à cerner juridiquement, comme l'atteste également le fait que les enjeux liés à la fin de la vie soient traditionnellement délaissés par la réflexion juridique. Dès lors, seule une jurisprudence éparpillée, souvent anecdotique et parfois contradictoire permet au juriste de se saisir de cette question pourtant porteuse de représentations sociales fondamentales. Aussi surprenant soit-il, il faut donc se rendre à ce constat fascinant : le droit positif marocain n'offre aujourd'hui aucune protection systématique et clairement organisée de la dépouille mortelle en tant que donnée corporelle.

Le rejet de personnification est patent et l'incrimination des infractions spécifiquement destinées à la protection du cadavre n'y change rien. De fait, le délit de violation de sépulture n'est applicable qu'une fois que le corps a été enseveli, ce qui atteste bien que la dépouille mortelle n'est pas protégée en elle-même. On arrive à constater qu'une tombe abandonnée ne se place plus sous l'ombre de la garantie offerte par cet article du Code

[26] GARRAUD , Traité théorique et pratique de droit pénal français , N°2284.MAGNOL, « de la répression des actes postérieures à l'infraction qui tendent à faire échapper le coupable aux poursuites , et à favoriser son impunité » , JCP., 1950 , 1,820.

pénal cette limitation temporelle nous mène à déduire que le texte protège plus la pierre tombale que la personne qui y est ensevelie. Quant au délit de recel de cadavre, il ne s'applique qu'aux corps de personnes décédées des suites d'une infraction. ce qui éclaire bien que son fondement n'a pas pour but et objet la protection de la dépouille mortelle de l'homme, mais l'entrave à la justice, alors empêchée de découvrir et de poursuivre le fait punissable initial. Ces quelques exemples qu'on a traité dans notre étude , paraissent suffisante à établir que le cadavre n'est pas complètement protégé par le droit pénal, ce dernier n'offrant sa garantie qu'à la dépouille socialement instituée en tant que corps mort par quelques rites bien identifiés. Ainsi, l'incursion dans ce champ disciplinaire conforte le constat établi en droit civil : le cadavre ne bénéficie pas du statut de personne.

Bibliographie :

Ouvrages :

GARCON , Code pénal annoté , édition 1959 n°6 et 7 .

GARRAUD , Traité théorique et pratique de droit pénal français , N°2284.MAGNOL

RINGEL FRAN9OISE ET PUTMAN EMMANUEL , « après la mort » édition 1991.

BOULOL BERNARD , droit pénal général , Dalloz , Coll « précis » 2ème édition , 2009.

XAVIER LABBEE , Conditions juridiques du corps humain (avant la naissance et après la mort) , Presse universitaire de Lille , 1990.

BRUNO PY , La mort et le droit , P.U.F.1997

DEMOGUE , La notion de sujet de droits , R.I.D.C.1909.

DONNEDIEU de VABRES, traité du droit criminel, 3éme Edition

BAUD Jean-Pierre, L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps, Seuil 0992

Sur le délit impossible : MERLE et VITU, Traité de droit criminel D.1976

PAGEAUD, Note sous T.correctionnel de Belley, D.1953,

Revues

Sous la direction de BRUNO PY , La mort et le droit , collection « santé qualité de vie et handicap » au regard du droit pénal sur la médiatisation de l'‘image de cadavre , JULIE LEONHARD , Presse universitaire de Nancy , 2010.

Thèses :

Sur les « procès à cadavre ».TIMBAL, « La condition juridique des morts », thèse Toulouse 1902

De façon générale : Henri-Daniel LACOMBE, thèse Poitiers 1886 « des sépultures »

Articles juridiques :

Code pénal marocain (la version consolidé du 4 juin 2015)

Code de procédure pénale marocaine

La loi 16-98 relative au don et prélèvement d'‘organes

Le D.O.C

Dahir n°68.989 du 31 octobre 1969 relatif à la réglementation de l'‘inhumation l'‘exhumation et la transportation des cadavres .

Le milieu-juridique-africain face aux crises émergentes : le cas lié au covid-19

BILONG NKOH Francis Riche, PHD en droit
Département de théorie du droit et épistémologie juridique
Faculté des sciences juridiques et politiques
de l'Université de Maroua (Cameroun)

Résumé : Le milieu juridique africain a été formellement affecté par la pandémie causée par le covid-19 à travers une mutation exceptionnelle de *la matière* qu'il porte en son sein pour appréhender la crise provoquée par ladite pandémie dans le corps social**.** En effet, *le langage objet*, à savoir *les normes,* et *le métalangage* ont pour chacun été affecté dans leur forme classique au point de se présenter soit sous une forme particulière ou spéciale, soit sous une forme nouvelle. Cette mutation fait ainsi apparaître la tendance à l'éloignement de l'ordinaire et provoque de ce fait un changement de paradigme, tout en posant ou en exposant à de sérieux problèmes par rapport à ce qui doit être fait techniquement ou scientifiquement pour une régulation convenable des rapports au sein du corps social tout entier.

Tout ceci, fait clairement ressortir l'ensemble des éléments qui montrent que le milieu juridique africain ne semblait pas initialement préparé sur le plan juridique à faire face à des formes émergentes de crise, à l'instar de celle causée par le covid-19. À ce sujet, *la complexification inhabituelle du contenu du droit par un formalisme considérable* que proposent les normes (en guise de résultat des mutations sus-évoqués), suggère de s'intéresser à la place respective de chacune des bases du droit dans le système. Dans ce sens, l'analyse de l'esprit individualiste et surtout libéral en rapport avec la survenance et la gestion de la crise, renforce l'idée que l'esprit solidariste et communautaire pour l'heure très faibles, méritent une attention particulière pour appréhender efficacement les crises actuelles ou futures en générale, et celle du covid-19 en particulier.

Mots clés : covid-19- droit- langage – métalangage- individualisme-solidarisme

Abstract *: The African legal environment has been strongly affected by the pandemic caused by covid-19 through an exceptional mutation of the matter it carries within it to apprehend the crisis which occurs because of this pandemic in the social body. Indeed, the language, of law, and the metalanguage have been affected in their classic form. Each element of the legal matter appears in a particular or special form, or in a new form. We can note that this mutation reveals the tendency to a changement of paradigm, while exposing the society to serious problems related to what must be done technically or scientifically for a suitable regulation of situation.*

All this clearly highlights all the elements that show that the African legal environment was not initially prepared from a legal point of view, to face emerging forms of crisis, like that caused by covid-19. In this sense, the analysis of the individualism spirit in relation to the occurrence and management of the crisis, reinforces the idea that the spirit of solidarity and communitarianism should be take into consideration for a better regulation of relationships in the society.

Keywords*: covid-19- law- language - metalanguage- individualism-solidarism*

Introduction

L'Homme, dans sa quête de meilleures conditions matérielles d'existence, peut être freiné dans son élan par plusieurs situations regardées comme des risques pouvant résulter, dans la plupart des cas, de ses propres activités. Il a été démontré que même pour les risques dits « naturels », l'action ou le comportement de l'Homme se présente comme un facteur majeur de production de ceux-ci[27]. Ces risques, qui apparaissent comme des événements dommageables[28], peuvent de ce fait être à l'origine de l'émergence ou de l'apparition au-delà d'un seuil critique, de crises multiformes. Celles-ci peuvent se caractériser par la présence d'un *élément pathogène* dans le corps social attaqué. Puis, l'exposer de ce fait à un dysfonctionnement ou à des déséquilibres importants, de sorte qu'une résistance du milieu social hôte soit requise[29]. Les origines de ces crises par rapport à l'action de l'Homme sur son environnement sont nombreuses. Mais seule sera retenue par la présente étude la crise initiée par l'introduction dans le milieu social, des agents biologiques nouveaux. Il s'agit ici d'une crise qui rappelle déjà d'anciennes crises, et plus récemment celle du *SRAS* : c'est la crise issue d'une pathologie (à l'origine endémique), aujourd'hui pandémie, causée par un virus appelé *Corona virus-19 (Covid-19)*.

La crise causée par le covid-19 a affecté la plupart des milieux du corps social, notamment le milieu économique, financier, social ou juridique. Le rapport du milieu juridique avec la crise du Covid-19 mérite d'être abordé ici avec beaucoup d'attention. En effet, l'agent pathologique concerné ici a,

---

* L'auteur est titulaire d'un Doctorat Ph/D en droit privé et Enseignant-chercheur à la Faculté des sciences juridiques et Politique de l'Université de Maroua, au Cameroun.

[27] Voir dans ce sens Frédéric Saha, Dagobert Tchio Nkemta, Mesmin Tchindjang, Éric Voundi et Philippes Mbevo Fendoung, « Production des risques dits « naturels » dans les grands centres urbains du Cameroun », *Natures Sciences Sociétés*, 2018/4, vol. 26, pp. 422 et s.

[28] Cf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12e édition, voir « Risque ».

[29] Sur cette approche d'inspiration médical du risque, lire Natacha Ordioni, « Le concept de crise : un paradigme explicatif obsolète ? Une approche sexospécifique », *Mondes en développement*, 2011/2, n°154, pp. 138-139. Voir aussi Fessler J. M., « La gestion de crise », *Gestions hospitalières*, n° 439, octobre 2004, p. 620, cité par Fabien Marre, *La préparation des établissements de santé à la gestion de crise : Limites, enjeux et perspectives en Lot-et-Garonne*, Mémoire de l'École des Hautes Études en Santé Publique, 2008-2010, p. 7.

par sa présence ou son existence, affecté le milieu juridique à travers la crise issue de la pathologie qu'il va provoquer en rendant ce milieu inapte à remplir normalement sa fonction. Il faut noter que le rôle principal du cadre juridique est d'organiser l'ensemble des autres cadres en leur fournissant les solutions normatives nécessaires, pour le bon fonctionnement du corps social tout entier, et le bien-être durable des individus qui le compose. Sur cette base, *le milieu juridique*[30],selon une approche objective, se *présente comme l'ensemble des cellules, l'univers ou l'espace qui porte en son sein une matière constituée d'une part du langage objet (du droit), c'est-à-dire des solutions normatives programmées par l'action législative pour réguler les conduites ou encadrer les situations dans un sens favorable à l'équilibre et au bon fonctionnement du corps social, et d'autre part du métalangage qui rend compte du point de vue à adopter sur le langage objet pour mieux le connaître, l'utiliser voire l'entretenir et orienter son système ou son réseau de normes*[31]. Au regard de l'importance du rôle de ce milieu, les implications qui découlent des rapports entre le milieu juridique et la crise provoquée par la pathologie qu'aura causée dans le corps social tout entier l'élément pathogène, à savoir le virus, méritent donc largement d'être abordé. *L'objet du présent travail est donc essentiellement, de partir des implications que l'introduction ou la présence d'un élément pathogène, à l'instar du Covid-19, dans le milieu juridique africain, peut avoir d'un point de vue scientifique en droit, pour mieux établir théoriquement la situation dans laquelle le milieu juridique ou le système de droit se trouve ou s'est trouvé (ou pourrait éventuellement se retrouver), afin de savoir s'il est (ou sera) capable ou pas de remédier à tout dysfonctionnement ou défaillance du corps social.* À travers cela, le législateur peut savoir dans quelle mesure le système qu'il a établi peut aisément résorber toute crise, ou à défaut,

[30] Sur l'usage de cet expression, voir Cathérine Thibierge-Guellucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDC*, 1997, p. 364, n° 9.

[31] Cette définition s'appuie sur la conception que fait Hart du « point de vue interne » au droit ou au juriste, qu'il identifie comme celui qui *caractérise l'attitude des acteurs (praticiens du droit, magistrat, membres de la doctrine juridique) qui s'engagent à reproduire les postulats (…) liés au système juridique*. Dans ce sens, M.-C. Ponthoreau, Droit (s) constitutionnel (s) comparé (s), Paris, Economica, 2010, p. 206, cité par Véronique Champeil-Desplats, *Méthodes du droit. Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, p.29. Il s'agit d'une approche subjective qui s'attache aux acteurs ou à leur attitude quant à la matière (le langage objet) à reproduire en un autre langage objet (s'agissant des décisions de justice des magistrats avec l'aide d'autres acteurs), ou en un langage nouveau sur le langage objet (le métalangage).

savoir comment agir favorablement dans l'optique d'établir dans la perspective, un meilleur système pour faire face aux crises provoquées par la pandémie.

Il faut déjà relever qu'en se basant sur les implications qui découlent des rapports entre le droit et la crise provoquée par la pandémie, il est possible de relever que, le fait pour le milieu juridique d'être affecté va susciter une réaction de sa part. Celle-ci consistera notamment en la mobilisation : des solutions ou normes (ou règles) du système qui doivent être appliquées en l'espèce dans le respect du programme ou protocole (international) en la matière, des réformes (s'il y a lieu), ou d'une intervention de la doctrine scientifique dans le but de proposer telle ou telle orientation. Il se mettra donc en place ce qui est considéré ici comme une *lex pandemia*[32] pour régler la situation. Dès lors, soit le système produira des solutions légales efficaces à même de traiter efficacement la crise (au regard de la force des principes sur lesquels s'appuie l'action législative, mais aussi de la qualité des techniques mises en place), soit la pathologie aura le dessus en imposant la persistance de *la crise, et donc, des souffrances, des dysfonctionnements ou des déséquilibres dans le corps social*. Cette dernière hypothèse peut se présenter lorsque le milieu juridique n'a pas établi un système normatif ayant en son sein un dispositif qui permet de combattre efficacement la crise issue de la pandémie.

L'observation qui vient d'être faite concerne certes l'ensemble des sociétés dans le monde, compte tenu du caractère pandémique de la crise provoquée par la pathologie dont les agents biologiques nouveaux[33], à l'instar des virus comme Covid-19, sont le vecteur. Toutefois, la fragilité de la situation de l'Afrique, et notamment de l'Afrique subsaharienne, peut amener à faire que l'on se penche sérieusement sur les implications que l'introduction ou la présence d'un virus comme le Covid-19 dans le milieu juridique africain, peut avoir, sur la base d'un regard scientifique. Ceci se justifie davantage par le fait que cette partie du monde est en effet déjà

[32] Voir dans ce sens R. Nemedeu, « Les pandémies et le droit », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, *Le Nemro, Revue trimestriel de droit économique*, avril-juin 2020, p. 2 ; voir ég. G. Duchange, « Coronavirus et contrat de travail », *AJ contrat 163*, Dossier, Covid-19 et contrat, n°4, avril 2020, p. 192 ; Monique Aimée Mouthieu Njandeu « Covid-19 et exécution du contrat de travail », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., p. 134.

[33] R. Baylet, « Des crises sanitaires par émergence d'agents biologiques nouveaux », *Académie des sciences et Lettes de Montpelier*, séance du 11/04/2008, conférence 3904.

exposée à de nombreuses difficultés (guerre et ses conséquences en termes de famine, malnutrition, accès à de meilleures conditions de vie…)[34]. De nombreux travaux d'éminents chercheurs africains ont déjà été en effet réalisés dans ce sens, mais, sans adopter une vision holistique de la situation que présente le rapport du Covid-19 au droit[35]. Ces travaux, sur lesquels s'appuiera considérablement la présente étude, ont abordé de manière particulière ou dans l'individualité les implications que l'existence de la pandémie pouvait avoir dans le milieu juridique, davantage par rapport à chaque domaine ou branche du droit positif. Il se trouve donc que les aspects théoriques ou scientifiques, plus généraux, n'y auraient pas suffisamment été abordés. Sans doute en raison d'une certaine approche du droit, notamment celle classique des juristes ou positiviste du droit, mais, dans la négligence de l'intérêt que l'intégration d'autres approches peut avoir dans ce cadre. *La présente étude se justifie donc par la nécessité de les intégrer*. Un autre élément qui justifie que l'on se penche sur l'espace africain est que, au-delà du fait que l'Afrique est souvent exposé à certaines pandémies comme l'Ebola ou le choléra, plusieurs autres pandémies, notamment celle confirmée par la mise en évidence des Coronavirus (SRAS[36] en 2002 et Covid-19 en 2019 qui se sont propagés dans les mêmes conditions[37]), proviennent des environnements autres que l'Afrique (où elles peuvent parfois être au départ des endémies) et conduisent le plus souvent à l'obligation pour les africains de s'arrimer au dispositif qui est adopté en dehors d'elle. Ce dispositif étant celui qui s'insère dans le processus de gestion internationale des pandémies, avec un rôle déterminant de l'OMS dans l'alerte, la communication, ou la coordination de la recherche des solutions. Ce qui peut amener à relever une certaine méfiance à l'égard de tout processus d'organisation et d'appréhension locale, adossé sur une expérience de l'environnement social concerné en matière juridique (à la différence du modèle sociologique de régulation par

[34] Voir Le rapport analytique du webinaire sur *L'Impact de la crise du Covid-19 sur le constitutionnalisme et l'État de droit dans les pays francophones et lusophones d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique Centrale*, Institute international pour la démocratie et l'assistance électorale, 23 avril 2020, p. 9.

[35] Voir dans ce sens « Dossier spécial : la covid-19 et le droit », *Le Nemro, Revue trimestriel de droit économique*, avril-juin 2020, et « Dossier spécial : la covid-19 et le droit » (partie 2), *Le Nemro, Revue trimestriel de droit économique*, juillet-septembre 2020.

[36] Syndrome Respiratoire Aigu Sévère.

[37] Sur le cas du SRAS, lire R. Baylet, op. cit, pp.7.

le bas)[38]. À cette inspiration fondamentalement externe des solutions, il faut associer les éléments liés à l'extériorité de l'origine de la pandémie (ou de son virus). Par rapport à ce dernier aspect, il faut relever à propos du Coronavirus principalement concerné par l'objet de la présente étude que, d'après des analyses phylogéniques qui retracent son évolution depuis son apparition en Chine, il fait partir des virus qui ont émergé à la suite de la survenance de variation génétique ou d'une recombinaison entre virus infectant des espèces animales différentes. Il serait donc utile de ne pas se limiter à le concevoir comme le fruit d'un simple accident de laboratoire, mais comme un possible produit de l'usage orienté et délibéré de la biologie moléculaire dans un cadre, davantage extérieur à l'Afrique, technologiquement outillé à cet effet[39]. Dès lors, *le lien entre le covid-19 et d'autres virus dangereux comme celui de l'Ébola* par rapport à la transmission à l'homme à partir d'une origine animale (par exemple chauve-souris ou bien d'autres animaux sauvages[40] dont la viande est très prisée en Afrique)[41], *devrait davantage susciter l'intérêt de se pencher sérieusement sur la question par rapport au milieu juridique africain*. Cela peut se concevoir aisément en face d'un type de virus ou agent biologique pathogène qui pourrait avoir tendance à revenir, à travers une mutation ou d'autres procédés, avec beaucoup plus de virulence et de façon plus menaçante[42]. Cette possibilité ne saurait être exclue en partant déjà par exemple, de son extrême facilité de transmission par simple contact dans un environnement communautaire comme celui de l'Afrique où la proximité physique entre les individus dans de nombreux cadres ou en

[38] La régulation par le bas, qui tend davantage à être une forme de régulation qui ne provient pas directement de l'administration ou des pouvoirs publics (de l'État), mais d'une classe qui est généralement regardée comme « le bas peuple » et qui peut subir une influence exogène dans le modèle qu'il propose. Ainsi, ce modèle diffère de celui qui s'appuie sur une direction normative ancestrale ou traditionnelle (coutumière) purement locale. Sur le modèle de régulation par le bas, voir Commaille Jacques, « Chapitre 2 - Les modèles sociologiques de régulation juridique », *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Commaille Jacques (sous la dir.), Paris, PUF, 1994, p. 210-246.

[39] Dans un sens similaire par rapport aux agents de meme nature, R. Baylet, op. cit., pp. 14–16.

[40] Lire dans ce sens la fiche technique de l'Organisation Mondiale de la santé Animale (Oie) sur « Infection par le sars-cov-2 chez les animaux », mise à jour le 21 janvier 2021.

[41] Pour un propos détaillé sur le sujet, lire Christopher F. Tamasang, « the response of the environmental international law to global pandemics : focus on covid-19 », « Dossier spécial : la covid-19 et le droit », op.cit., pp.380 et s.

[42] L'on a d'ailleurs observé des variantes du coronavirus dans de nombreux pays.

dehors, fait partir de l'ADN du corps social africain[43]. Puis, en relevant la capacité de ce virus à vouloir briser définitivement l'esprit, les piliers ou bases (forces) sacrés sur laquelle repose le corps social en Afrique, à l'instar du lien social solidariste ou communautaire entre les membres (et que toutes les autres catastrophes n'ont pas pu briser), au regard des contraintes (barrière ou distance) qu'il impose pour l'éviter. La communauté pourrait donc à terme être exposée à des dangers irréversibles qui peuvent l'ébranler durablement. *Il convient dès lors de chercher à savoir si une option fondée sur des bases du milieu local (à l'égard duquel existe soit une certaine méfiance ou une absence de confiance dans l'organisation de la riposte, voire une défiance des éléments extérieurs y compris du virus) n'est pas envisageable.*

Il ressort donc de cet intérêt le fait que, comme le pense un auteur, le manque de données restreint fortement la capacité à se préparer pour une future pandémie[44] qui pourrait d'ailleurs revenir sous une forme plus insidieuse et agressive. L'idée de fonder principalement la présente étude sur la préparation du milieu juridique africain et du système qu'il met en place à une défense, sur la base de la précaution, contre d'autres éventuelles futures épreuves pouvant provenir de phénomènes émergents comme le bioterrorisme (dont un lien possible peut être établi avec les virus comme les coronavirus[45]*),* peut donc clairement se justifier. Ainsi, face à des agents aussi dangereux en provenance de l'extérieur, l'Afrique qui n'est en principe pas techniquement outillé pour répondre efficacement à la crise que leur présence ou leur existence va provoquer dans son environnement,

[43] Il existe en effet, à l'observation du lien social (ou des interactions) entre les membres des société en Afrique, plusieurs réseaux de proximité (culturellement regardés comme « sacré ») des individus qui imposent un rapprochement (rassemblement) de tous les membres dans un cadre commun (famille élargie vivant en communauté, association comme les tontines, les mutuelles, les communautés religieuses, fêtes traditionnelles d'une tribu –au Cameroun la plupart des tribus ont une période de célébration de ces fêtes-, cérémonies impliquant de plusieurs familles comme le mariage, ou encore les funérailles ou obsèques…). Sur l'évolution des réseaux communautaires en Afrique, voir par exemple Marie Yvonne Charmillot, *Socialisation et lien social en contexte africain : une étude de cas autour du sida dans la ville de Ouahigouya (Burkina Faso)*, th. De doc., Université de Genève, 2002, pp. 37-38.

[44] M. Brock Fenton « chauves-souris, sars-cov et humains », consulté le 30 juin 2021 sur *https://rsc-src.ca › sites › default › files.*

[45] Sur ce possible lien, voir R. Baylet, « Des crises sanitaires par émergence d'agents biologiques nouveaux », op. cit., pp. 16 et s.

doit prendre au sérieux la nécessité de penser *un droit de la crise (pouvant être doté d'aspects généraux et particuliers, internes et internationaux) dont la carence en face à la crise économique a déjà évoqué ailleurs*[46]. Il s'agirait d'un droit qui permettrait d'appréhender efficacement la crise du covid, ou qui aurait un contenu approprié, à la fois pour l'absence de crise et pour la crise. Il serait alors important, voire nécessaire, en guise *d'objectif poursuivi dans ce cadre, de rendre compte de la manière la plus objective possible de l'état du milieu juridique en présence du covid-19*, dans un corps social déjà fragilisé[47]. C'est sans doute cette fragilité du corps social qui a pu conduire au pronostic d'une exacerbation formelle de la crise en terre africaine. *Le but ici serait de partir du compte rendu de la situation dans laquelle s'est trouvé le milieu juridique africain, ou du moins du modèle de régulation en présence du covid-19 proposé par un milieu extérieur, pour établir la valeur de l'action législative, et le cas échéant, la base ou les éléments de l'alternative approprié.* Ce compte rendu doit donc pouvoir susciter une réponse qui pourrait assurer une protection optimale des droits fondamentaux des populations dans la recherche d'un bien-être ou d'un développement durable du corps social dans son ensemble. Ceci, en s'appuyant par exemple sur le principe de précaution[48] important pour une meilleure poursuite du développement durable, afin que la prévention en face des incertitudes posées par la puissance technologique moderne, soit préférable au fait de chercher en vain à guérir de possibles dommages irréversibles causés à l'environnement communautaire et à la nature[49]. Il convient donc d'éviter en cela d'exposer définitivement les individus à tout

[46] Sur les travaux y relatif, voir les Cinquièmes journées René Savatier sur le *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Paris, PUF, 5 et 6 octobre 1995.

[47] Cf. Rapport préc.

[48] Sur l'usage de ce principe dans ce cadre, Moïse Timtchueng « La mise à l'écart des familles du processus d'inhumation des victimes de la covid-19 au Cameroun : Analyse socio-juridique d'une mesure excessive de riposte à la propagation », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit. p. 24. Voir aussi William Nyanda Mkamwa, « De l'obligation de réparer le préjudice économique de la covid-19 au Cameroun », « Dossier spécial : la covid-19 et le droit » (partie 2), op. cit., p. 35 ; voir aussi l'article 5 de la loi camerounaise n° 2003/006 du 21 avril 2003 portant régime de sécurité en matière de biotechnologie moderne ; A.-F. Tjouen, « La réception du principe de précaution dans le droit camerounais de la responsabilité », *RASJ*, n°1/2015, pp 127 et s.

[49] Voir dans ce sens Sébastien Groyer, « Le principe de précaution : un 'nouveau' rapport à la nature », *Éthique et économique/Ethics and Economics*, 7 (2), 2010 ; Larrère Catherine, « Le principe de précaution et ses critiques », *Innovations*, 2003/2 (no 18), pp. 9-26.

ce qu'une certaine orientation de la science (pour des intérêts inavoués), peut avoir de pervers.

La difficulté principale qu'il convient donc de chercher à résoudre, est celle de savoir ***ce que révèle,* dans l'espoir de mieux préparer le futur, *le rapport du milieu juridique africain à la crise du covid-19 qui est reçu comme hôte ?*** L'hypothèse qui peut être retenue, non seulement sur la base de l'origine externe du covid-19 et de l'absence d'une attente préalable du corps social de ce dernier, mais aussi de la faiblesse des cas précédents significatifs d'une présence ou d'une expérience réellement similaire à celle du covid-19[50], est que *le milieu juridique africain, malgré les résultats que l'on a pu enregistrer au sujet de sa réaction, n'a véritablement pas été préparé à appréhender ou à affronter efficacement le covid-19 et surtout la crise que sa présence a fait naître*. Ce qui permettrait concrètement de rechercher les éléments qui pourraient démontrer d'une part le bouleversement qu'une telle pandémie peut susciter dans le milieu juridique et d'autre part la carence que sa présence dans le corps social peut révéler par rapport au droit. La démarche qu'il conviendrait d'adopter pour y parvenir s'appuie sur *les approches méthodologiques formalistes* qui intègrent non seulement un point de vue interne en exigeant le recours à l'exégèse et à la casuistique afin de faire un meilleur compte rendu de ce que le milieu présente en terme de langage ou discours objet du droit applicable pour faire face à la pandémie, mais aussi le point de vue de ceux qui ont produit un discours sur le langage objet de manière à intégrer dans l'analyse le métalangage juridique lié au droit applicable à la pandémie. L'étude se réfèrera aussi *aux approches non formalistes* qui intègrent un point de vue externe, pour mieux établir la situation du droit sur la base de l'influence que pourrait exercer d'autres domaines sur le droit applicable à la pandémie. Il est en effet possible de constater que des auteurs d'autres sciences ont souvent exercé par leur discours, une influence non négligeable sur l'évolution du droit positif par rapport à ce qu'il propose ou qu'il devrait proposer comme solution[51], face aux phénomènes nouveaux

[50] C'est sans doute ce qui a poussé le Directeur de l'OMS à affirmer que la crise sanitaire du covid-19 a mis *l'humanité en terre inconnue*. Propos cités par Moïse Timtchueng, op. cit. Ceci en dehors de certaines pathologies comme le choléra ou l'Ébola qui ne sont pas mondial, ou même du VIH qui ne se propage pas aussi facilement et rapidement.

[51] Michel Villey, *Critique de la pensée juridique moderne*, Douze essais, Dalloz, 2009, p. 92

qui émergent dans la société dans un sens positif comme dans un sens négatif.

Le résultat de l'étude montre que l'action législative qui a été adoptée dès la signalisation officielle de l'introduction ou de la présence du corona virus en Afrique, a fait apparaître au sein du milieu juridique africain ***la tendance*** à une extraordinaire métamorphose du milieu juridique, ou du moins ***à une mutation exceptionnelle de la matière juridique*** (portée par ce milieu) ***face à la crise (I)*** provoquée par le coronavirus. Ce qui a clairement permis de constater ***la défaillance d'une orientation originelle de la manière de faire juridiquement face à la crise (II)***, à partir d'éléments précis***.***

I- La tendance à une mutation exceptionnelle de la matière juridique face à la crise

La matière portée par le milieu juridique à destination du corps social, au regard de la perception qui été faite dudit milieu, se présente sous la forme d'un cadre constitué d'un langage comportant au moins deux niveaux : le langage objet et le métalangage. Il se peut qu'avec le covid-19, il y ait une sorte de mutation du langage fourni par le milieu juridique pour faire face à la pandémie, par rapport à chacun de ces niveaux.

C'est ainsi que par rapport au langage qui constitue la matière juridique, la pandémie est sans doute une situation dans laquelle les législations d'exception ont pu être éprouvées, surtout qu'une législation d'exception, dans ce genre de circonstance, devait, selon la ligne tracée, nécessairement remplacer la législation ordinaire[52]. Il s'agit donc d'une dynamique *d'exceptionnalisation* particulière du droit qui tend à se matérialiser. Celle-ci est doublée de la contrainte à faire apparaitre des formes de situations nouvelles en droit. Ainsi, avec la crise du covid-19, il a donc été possible d'observer une tendance à un recours élevé à des formes spéciales ou nouvelles en droit par rapport au langage objet du droit(A). Cependant, la mutation exceptionnelle que la crise du covid-19 fait observer s'agissant de la matière juridique, n'a pas seulement concerné le langage objet du droit[53]. Il a également touché le métalangage juridique ou le discours qui porte sur

[52] Ebenezer David Ngahna Mangmadi, « la décision administrative à l'épreuve de la covid-19 : l'expérience camerounaise », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit. pp. 327-328.

[53] Pour plus de précision sur la distinction entre le *langage objet* et le *métalangage*, voir Véronique Champeil-Desplats, op. cit., n°24.

les normes issu de l'activité scientifique en droit ou dans une certaine mesure de l'activité doctrinale[54]. Dans ce sens, il a été possible d'observer l'émergence au sein du milieu juridique un métalangage juridique hybride ou atypique (B).

A) Le recours élevé du langage objet du droit à des formes spéciales ou nouvelles

Par principe le langage objet, premier niveau de discours en droit, renvoie aux prescriptions légales ou aux normes qui les constituent en apparaissant sous des formes diverses variant en fonction de leur source (loi, actes réglementaires ou décisions de justice)[55]. Les normes sont portées par les règles de droit et constituent l'essentiel du contenu de ce discours tout en étant les principaux instruments de traitement des faits ou de certains phénomènes[56]. Elles se présentent dans ce sens, en guise de prescriptions, sous forme d'informations qui ordonnent, commandent, dictent la conduite des acteurs en fixant, permettant ou interdisant certaines situations. Ceci, à titre de solution hypothétique dont les conditions d'application et l'effet qui lui est attaché sont fixés par les règles qui les prévoient. Dans ce cadre, cet ensemble d'ordres considérés ici comme positifs organise, régule, impose ou oblige à une forme de rapport ainsi que les mesures à prendre pour encadrer ces rapports dans le corps social, tout en fixant les prérogatives de chaque membre du corps social dans ce cadre. Encore considéré comme le droit positif, le discours qui porte à l'existence ces normes ainsi constituées, découle (est dicté) sur une base politico-philosophique principalement des pouvoirs publics dans le cadre de l'exercice de leurs compétences respectives (le parlement par rapport à la production de la loi, l'exécutif par rapport aux actes réglementaires et le judiciaire par rapport à la jurisprudence -des tribunaux supérieurs à respecter par les tribunaux inférieurs- élaborée *avec l'apport nécessaire de plusieurs acteurs et experts du secteur de la justice ou de la vie économique et sociale du droit dans la pratique*[57]). C'est donc par l'autorité de l'action de ces derniers que le non-

[54] Pour plus de détails sur la distinction entre *science* et *doctrine* en droit, lire Jacques Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 103-119.

[55] Voir dans ce sens, voir Véronique Champeil-Desplats, op.cit., n° 24.

[56] Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p.53 -54.

[57] La jurisprudence est en effet élaborée par le juge avec une aide ou une contribution dialectique des praticiens du droit comme les auxiliaires de justice à savoir les avocats,

respect des normes édictées peut exposer à des sanctions de l'organe judicaire à travers des normes portées par des décisions ayant aussi autorité. Ce discours peut aussi résulter de l'influence d'une activité doctrinale, la doctrine étant présenté comme partie prenante au processus de production du droit positif[58], sans que la norme proposée au stade doctrinale ne soit déjà contraignante.

Si l'on s'en tient uniquement ici aux normes contraignantes fixées par les autorités évoquées et à respecter obligatoirement pour le bon fonctionnement du corps social, il convient de rendre compte de la mutation de la matière juridique à travers les exceptions qui concernent la forme sous laquelle se présente les normes ou langage objet (1). Et puis, évoquer la mutation qui se dessine à travers la contrainte à faire rapidement apparaître des formes ou catégories nouvelles au sein des normes (2). Ceci sans oublier de préciser les problèmes considérables que cette mutation peut engendrer.

1) L'appel du langage objet à des formes spéciales ou particulières d'exception

Il convient par rapport à ce discours constitué par le langage objet en face du covid, d'évoquer tout d'abord la spécialité ou la particularité des exceptions sous la forme desquelles les normes ou les mesures dictées en son sein se présentent (a), avant de voir à quoi cette particularité expose le corps social (b).

a) La particularité des mesures présentées sous la forme d'un ensemble d'exceptions

À l'analyse de ce langage objet par rapport au covid-19 et la pandémie qui s'est pointée dans le milieu juridique, il se trouve qu'un recours élevé ou une mobilisation importante de formes spéciales d'exception, prises en

---

huissiers, notaires, officiers de police judiciaire ou dans une certaine mesure les greffiers, sans oublier les acteurs de la vie du droit du commerce par exemple, ou des experts d'autres domaine de la vie économique ou sociale. Voir sur l'usage de la dialectique (à travers l'ouverture au contexte culturel et social, l'arbitrage à faire dans le cadre des conflits des solutions appropriées) dans le raisonnement judiciaire, Ch. Perelman, *Méthode du droit. Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1979, n°44, p.84.

[58] Jacques Chevallier, op.cit.

application des recommandations de l'OMS[59], a pu être observé. *L'exception* s'entend ici comme l'action qui consiste à écarter par l'effet d'une loi, d'un acte réglementaire ou d'une convention dans une situation précise (ici la situation de crise causé par la pandémie), l'application – normale- d'une règle soit d'une manière générale dans des cas précis à travers un régime particulier fixé par une autre règle, soit d'une manière spécifique à travers certaines mesures visant un cas bien précis au moyen d'une dérogation dite individuelle[60]. Il se trouve donc qu'en Afrique, comme partout ailleurs dans le monde, une réponse au signal de la présence du covid-19 (ou à la pandémie qu'il provoque) dans le corps social fournie par les normes applicables apparaît alors sous forme d'un ensemble de normes ou mesures d'exceptions. Un auteur a évoqué le fait que l'exception peut apparaître en période de crise sous une forme sibylline qui ne permet pas aisément de la reconnaitre[61]. Or, par rapport à la crise du covid-19, il bel et bien possible de l'identifier. Cependant, c'est la particularité de la forme sous laquelle les exceptions (ou l'ensemble des mesures exceptionnelles) se présentent qu'il convient d'établir. Ainsi, la spécialité de ces exceptions est liée à la particularité des traits qui les distinguent d'autres mesures ou normes d'exception qui doivent normalement (ou sont censés) être prises dans des circonstances similaires.

C'est ainsi que d'après l'analyse du langage objet dans sa situation formelle ou dans la forme sous laquelle elle peut se présenter, en exposant par la même occasion son contenu, une observation peut être faite. Dans de nombreux pays d'Afrique et notamment dans les différentes régions ou la plupart d'entre elles, il est possible de relever que le milieu juridique a tendance à faire recours à des formes de mesures ou règles exceptionnelles particulières en face de la crise du covid-19. Il serait d'abord possible de citer le cas du Cameroun en Afrique centrale qui a présenté l'ensemble des

[59] L'OMS est l'organisme en charge de la santé mondiale chargé de décréter l'état d'urgence sanitaire international, au regard de ce que prévoit le règlement sanitaire international (RSI). Ce qui lui confère dans cette hypothèse d'importants pouvoirs de formulation de *recommandations* à destination de tous les États membres. R Nemedeu, op. cit. p. 2. Mais, il faut préciser ici que la force obligatoire des recommandations est faible.

[60] Voir G. Cornu, op. cit.

[61] Ebenezer David Ngahna Mangmadi, op. cit., p. 336 ; J. Owona, « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », in *RJPIC*, n°1, mars-avril 1975, pp.104-123.

mesures devant exceptionnellement s'appliquer en urgence dans certains domaines en raison de l'existence de la pandémie, sous la forme de *déclarations spéciales*[62]. Or, la Constitution camerounaise, comme l'a relevé à travers une certaine critique un auteur, prévoit effectivement en son article 9 alinéa 1 la possibilité de faire appel à un décret qui doit contenir l'ensemble des mesures à respecter dans l'urgence[63], bien qu'à l'analyse d'un autre auteur l'application des textes sur l'état d'urgence n'était logiquement pas appropriée, compte tenu d'un côté des restrictions qu'impose l'état d'urgence et de l'autre côté de l'étendu des mesures nécessaires pour gérer la pandémie[64]. C'est certainement dans cette situation qu'a dû se retrouver l'Ouganda en Afrique de l'Est dont les mesures, qui résultent d'un « état d'urgence de fait », sont issues d'une série de déclarations aux bases légales incertaines, au mépris des dispositions de la Constitution ougandaise qui prévoie normalement le recours à l'état d'urgence dans ces circonstances[65]. Ce sont aussi probablement les difficultés liées d'une part aux restrictions relatives à l'état d'urgence et d'autre part à l'importance d'agir sur le plan économique, financier, social, ou fiscal pour gérer la crise, qui peuvent avoir justifié la particularité, en Afrique de l'Ouest, des mesures qui ont été prises au Sénégal par rapport à la pandémie du Covid-19. En effet, à la suite du décret n° 2020-830 du 23 mars 2020 proclamant l'état d'urgence sur le territoire sénégalais, une loi (loi n°08/2020 du 1er avril 2020) habilitant le Président de la République à prendre, par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi pour faire face à la pandémie du Covid-19, a

[62] Sur le caractère particulier des différentes déclarations établies dans le cadre du covid-19 au Cameroun « sur très hautes instruction du Chef de l'État (Déclaration spéciale du Premier Ministre, Chef du Gouvernement des 17 mars 2020, complétée par celles des 09 et 30 avril 2020 relative à la Stratégie gouvernementale de riposte face à la pandémie du Coronavirus), lire Ebenezer David Ngahna Mangmadi, op. cit., pp. 328 et s.

[63] Moïse Tchimtchueng, op. cit., pp. 38-39. Voir aussi la loi n° 90-47 du 19 décembre 1990 relative à l'état d'urgence.

[64] Voir dans ce sens Djeuya Tchupou, « La lutte contre la corona virus (covid-19) au Cameroun : recherches sur les fondements juridiques de la stratégie gouvernementale de riposte face à la pandémie », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op.cit., pp. 300 et s.

[65] Voir sur cette question Michael Musiime, Elisa Novic, Nathalie Vandevelde, « La réponse de l'Ouganda à la pandémie de Covid-19 : l'état d'urgence de facto », publié sur https://www.asf.be/fr/blog/2020/06/11/ugandas-de-facto-state-of-emergency-to-address-the-covid-19-pandemic/ le 11 juin 2020.

été adoptée. Ceci en se référant à l'article 77 de la Constitution qui, d'après une certaine opinion se fondant sur une interprétation littérale de ce texte, ne fait état d'aucune situation d'urgence, pas plus qu'il ne précise les circonstances nécessaires qui doivent présider ou conduire à l'adoption de la loi d'habilitation au Sénégal[66]. La particularité de la forme de l'ensemble des mesures qui seront dès lors prises sur la base d'une telle loi provient du fait qu'il s'agit de mesures qui devraient normalement être légales, mais elles seront exceptionnellement réglementaires « *pour raison d'urgence sanitaire* » à cause de la pandémie. C'est sans doute en raison des interrogations que pourrait susciter la particularité de cette forme de mesures issues la législation consacrée à l'état d'urgence, que plus tard une loi (n°2021-18 du 19 janvier 2021 modifiant la loi n°69-29 du 29 avril 1969 relative à l'état d'urgence et à l'état de siège) a été adoptée par rapport à la situation. Ceci pour permettre au Président de la République sénégalaise de pouvoir prendre, sans que soit proclamé l'état d'urgence ou l'état de siège, des mesures visant à assurer le fonctionnement normal des services publics et la protection des populations[67] pendant une crise comme celle du covid-19. En Afrique du Nord, les termes « état d'urgence », « état d'exception », « état de siège », « état de nécessité » ont été indistinctement utilisé, et leurs gouvernements ont pris différents décrets de manière ponctuelle pour faire face à la pandémie en l'absence de dispositions constitutionnelles applicables ; en plus les Constitutions de ces pays ne comprennent pas de dispositions concernant un éventuel « état d'urgence sanitaire » pouvant être mis en œuvre pour faire face à la pandémie de Covid-19 ou à des situations d'urgence similaires[68].

C'est ainsi qu'à travers l'analyse de l'aspect formel du langage ou discours objet, il est possible de relever que la particularité des formes de mesures et règles exceptionnelles, a tendance à être élevé en Afrique et surtout dans l'environnement juridique africain qui appréhende le coronavirus. Après observation générale, *les formes d'exception ont en effet d'une manière particulièrement globale, tendance à vouloir considérablement*

[66] Voir dans ce sens Sophie Thiombane, « L'État actuel de la législation sénégalaise en cas d'urgence », publié sur https://www.seneplus.com/opinions/letat-actuel-de-la-legislation-senegalaise-en-cas-durgence le 17/05/2020.

[67] Cf. article 24 (nouveau) de ladite loi.

[68] Voir Le rapport analytique du webinaire sur *L'Impact de la crise du Covid-19 sur le constitutionnalisme et l'État de droit dans les pays d'Afrique du Nord,* Institute international pour la démocratie et l'assistance électorale, 30 juin 2020, p. 7.

limiter, dans une certaine célérité, l'existence de contre-pouvoir (ceux du parlement qui représente l'ensemble du corps social dans la production des solutions) aux mesures prises[69]*, quels que soit les dangers ou les risques qu'elles peuvent générer au sein du corps social*. Un auteur relève en effet dans ce sens, que *la généralisation de l'activation d'un type de pouvoir (d'exception) recherchant la docilité et la soumission de ses populations (…) sans que l'on rencontre le moindre mouvement de résistance a fini de convaincre, même les plus sceptiques, de l'importance du péril, de la gravité du risque de la nécessité renversement du droit et des libertés* (alors que de nombreux autres pays n'ont pas opté pour des mesures semblables)[70]. Il est dans ce sens possible de citer le Conseil National de sécurité de Côte d'ivoire présidé par le Président de la République, qui a pris dans le cadre de la bataille contre la pandémie de Coronavirus, des actes qui sont appelés des « communiqués ». Pourtant, les mesures qu'ils renferment ont, à l'instar des actes administratifs ordinaires, un caractère impersonnel, général et obligatoire, de nature coercitive ou contraignante et imposent la conduite à tenir ou le comportement à observer face à la crise sanitaire du covid-19[71]. Ce qui peut laisser intacte la question de savoir s'il ne s'agit pas d'*une sorte d'instrumentalisation de la pandémie afin d'obliger au renoncement des droits*[72], ou alors s'il ne s'agit pas simplement de « *l'expression d'une panique généralisée* » qui sous-tend cette mutation exceptionnelle par appel à ces exceptions particulières du langage objet.

C'est alors sous un air d'arbitraire que, l'organe (relayé en cela par ses agents locaux) censé être normalement celui d'exécution, aura en même temps tendance à prendre goût à faire la loi en produisant sans cesse des mesures qu'il mettra lui-même en œuvre[73]. Ceci sans parfois prendre garde

[69] Michael Musiime, Elisa Novic, Nathalie Vandevelde, op. cit.

[70] Claude Abbé « Faire le deuil par temps coronal en situation de monisme juridique conteste : regard socio- anthropologique sur le droit du rapport a la mort », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, pp. 11 – 12.

[71] Voir dans ce sens Paterne Mambo, « Les actes du conseil national de sécurité de côte d'ivoire relatifs à la covid-19 : petite chronique d'une curiosité juridique », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 295 et s.

[72] Ibid.

[73] Voir dans le même sens Jean-François Bissi, « La légalité de la lutte contre le coronavirus (covid-19) au Cameroun », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit. pp. 321 et s.

dans cet élan, aux problèmes éventuels, notamment de coordination des règles, que celles-ci peuvent poser.

b) Les problèmes de coordination posés par la particularité des multiples mesures exceptionnelles

En fait, l'un des risques majeurs de cette situation serait que la vie des membres au sein du corps social sera modulée sans possibilité de contrôle réel en fonction de ce que décidera l'organe exécutif[74]. Toute chose qui laisse présager des situations encore plus préoccupantes découlant logiquement de la particularité des formes d'exception des solutions normatives désormais portées par le milieu juridique par le fait de l'action législative. C'est ainsi que ces situations peuvent se matérialiser par un dysfonctionnement du système de solution tout entier, en raison d'un éventuel *problème de coordination*[75] des éléments d'un système qui, en Afrique a déjà du mal à présenter une structuration unitaire, au regard du pluralisme juridique. En effet, d'un point de vue logique, au-delà de *l'inutilité de certaines solutions ordinaires présageant une surcharge* (par rapport aux nombreuses solutions nouvelles prises par le fait du covid-19[76]) et *du caractère incomplet du système ou du corps de normes* (en raison des besoins en solutions supplémentaires urgentes à prendre que le covid semble créer[77]), il peut se poser par rapport à ces solutions, un problème de coordination du point de vue : soit de la place de chaque catégorie de solution dans le système, soit du domaine couvert par ces règles ou de leur cohérence au sein du système.

Il est d'abord possible d'évoquer les problèmes relatifs à la place de chaque catégorie de solution dans le système. En premier lieu, l'on cite le problème du défaut de coordination fondée sur l'autorité des textes par rapport à l'affaiblissement de l'action législative normale d'un organe par rapport à un autre ; l'organe législatif du corps social voit ainsi son rôle ordinaire, et donc l'autorité ordinaire de ses solutions normatives se trouve limitée ou

[74] Dans ce sens, J-. C. Aba'a Oyono « Les fondements constitutionnels du droit administratif : de sa vertueuse origine française a sa graduelle transposition vicieuse dans des états stable et instable de l'Afrique francophone », Revue *CAMES/SJP*, n°001, 2017, p.16.

[75] Pour plus de détails sur la coordination des règles juridiques, lire Jean-Louis Bergel, op.cit., pp. 169 – 228.

[76] Voir infra, sur la complexification du fait du formalisme considérable par l'abondance de mesures fixées par rapport à la crise.

[77] Voir infra sur l'urgence à créer *des catégories nouvelles*.

amoindrie au profit de celui de l'organe exécutif[78]. Ensuite, il est aussi possible de citer la force contraignantes des textes ou normes spécifiques à la crise (au regard de leur caractère impératif voire d'ordre public ou non supplétif) qui pourra désormais s'agrandir, en ayant tendance à concerner définitivement et ordinairement la plupart des situations[79]. Ce qui peut exposer à une complexification des rapports et à des restrictions considérables[80].

Du point de vue du domaine, et notamment de l'espace matériel couvert par les solutions, le problème peut se poser en raison du fait que le covid et la forme particulière des mesures ou solutions spécialement gouvernementales de l'exécutif, a tendance à faire de ce qui est ordinairement ou communément regardé comme l'exception la règle ou à faire des cas spéciaux le cas général[81]. Dans ce sens, il est possible que l'exception, qui va dans ce sens emprunter une forme sibylline, s'incorpore ou se glisse dans des législations ordinaires[82] parfois après modification de la législation habituellement applicable qui impose une forme différente

[78] Surtout que dans certains pays africain comme le Cameroun, le fait que les lois adoptées par le parlement ne sont davantage que l'émanation *d'un projet de loi* préparé par l'exécutif est déjà mal apprécié par une les parlementaires non lié au pouvoir. La situation a donc tendance à s'aggraver avec la crise du Covid-19. Il faut simplement rappeler ici que l'organe d'exécution des normes édictées par l'organe législatif et n'agissant sur le plan de l'édiction des normes que dans ce cadre.

[79] Jean-François Bissi, op. cit., un sens similaire, J-.C. Aba'a Oyono , op. cit.

[80] Voir infra sur les mesures ou obligations évoquées sur *la complexification inhabituelle du contenu du droit*.

[81] C'est sans doute pour une raison pareille qu'un auteur évoque, en parlant de l'affaiblissement de l'État de droit dans ce sens, le « *risque d'agrandissement du champ de l'exception* », Ebenezer David Ngahna Mangmadi, op. cit. p. 336.

[82] C'est précisément le cas en matière pénale au Cameroun où des contraventions qui doivent relever du domaine réglementaire (ou légal selon la Constitution camerounaise en son article 26), sont prises sur simple déclaration par voie de communiqué, exposant à une possible contestation sur la base légale de la sanction. Sur ce problème, voir dans ce sens Spener Yawaga, « Les principes directeurs du droit pénal moderne à l'épreuve de la crise : appréciation au regard des mesures de lutte contre la covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit. pp. 216 et s. ; voir aussi, Valdès Fondong Sonfack Valdès et Dhuamel Tietsia Tatiekam, « La répression des infractions aux mesures de riposte contre la covid-19 en droit camerounais », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., p. 262. Voir aussi le cas ivoirien où un communiqué renferme des mesures qui doivent normalement être prescrite par un acte administratif ordinaire. Sur ce point, Paterne Mambo, op. cit.

aux mesures exceptionnelles ou du moins, à la manière d'y faire recours[83]. Elles peuvent même s'imposer dans des zones précises ou ne concerner des cibles précises, non sans exposer à des discriminations[84] ou à l'affaiblissement du contrôle par le système ou l'ordre normatif positif du corps social [85]. Par rapport au domaine temporel, les normes qui peuvent être élaborées dans le cadre de la crise peuvent ne pas se limiter à s'appliquer aux situations nouvelles par un effet immédiat, mais, elles peuvent avoir tendance à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses et à bouleverser ainsi même inopportunément de nombreuses situations nées avant elles. Ceci en déjouant expressément les prévisions fixées, par exemple sur la simple base des mesures exceptionnelles édictées et non pour cause réelle de pandémie dans l'hypothèse de la force majeure ou de l'imprévision[86].

[83] Voir le cas du Sénégal sus-évoqué qui a procédé à une modification de la loi dans le cadre de la covid-19 pour faciliter le recours à des mesures réglementaires en cas d'urgence.

[84] Par exemple, les mesures financières consistant en des aides d'État sous toutes ses formes (fiscales, douanières, à travers des subventions ou des exonérations…), ou de toute action qui peuvent être prises en faveur de certaines entreprises ou de celles d'une certaine zone peuvent provoquer des discriminations et la violation des dispositions relatives à la concurrence pouvant remettre en cause le marché commun entre États, entamant par exemple l'intégration ou les éventuelles conventions en matière d'intégration ou de coopération économique. Sur cette question, voir Léopold Nyabeyeu Tchoukeu, « Covid 19 et dispositions économiques des traités de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., pp. 228-228.

[85] Dans ce cadre, il est possible d'évoquer certaines mesures de remise gracieuse et de commutation de peines à des délinquants ou détenus précis et déjà condamnés, ou encore la libération des personnes gardées à vue ou la libération (conditionnelle ou non) des personnes en détention provisoire, soupçonnées ou suspectées d'avoir commis des infractions. Sur ces questions, voir dans ce sens au Cameroun le décret du n°2020/193 du 15 avril 2020 portant commutation et remise des peines ; pour plus de détails, Gérard Trésor Ngeumaga Kameni V, « Le fonctionnement de la justice pénale et des établissements pénitentiaires au Cameroun à l'épreuve de la pandémie de la covid-19 : vers la mutilation de l'état de droit ? », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 241 et s.

[86] Ce sera notamment le cas dans l'ensemble des domaines couverts par le droit des obligations où le juge saisi, de même que l'intervention de l'administration à travers ses actes dans le cadre de la pandémie, peut déjouer les prévisions arrêtés par les créanciers dans le cadre des divers contrats. Pour le souhait d'une telle intervention en droit camerounais en raison du covid-19, lire Sielenou Herline Idèle « La force obligatoire du

Par rapport à la cohérence, le problème le nouvel ordre normatif spécifique secrété par le fait de la crise peut concerner les principes fédérateurs du système où l'appel à la solidarité est de principe (dans un système d'inspiration fondamentalement individualiste). Ce qui met en exergue le problème de la cohérence par rapport aux sous-systèmes (traditionnel d'inspiration solidariste et moderne d'inspiration individualiste) qui constituent l'ensemble du système en Afrique subsaharienne. Enfin, le problème de cohérence peut aussi se poser dans le cadre du rapport entre l'ordre interne au sein duquel les libertés sont restreintes du fait de la crise suivant une mesure modulée dans un environnement de quasi-absence de contre-pouvoir[87], et l'ordre international qui promeut le libéralisme.

C'est donc tout le milieu juridique qui est affecté, voire bouleversé par la transformation ou la métamorphose que la pandémie impose. Ainsi, La situation peut s'aggraver lorsque l'existence du covid en son sein contraint à faire recours à ces mesures dans la célérité, mais aussi et surtout à faire rapidement apparaître de nouvelles formes dont la présence dans le contenu corpus juridique de l'ensemble de la société peut ne pas épargner de problèmes importants.

2) La contrainte du langage objet à faire apparaître des formes oucatégories nouvelles

Lorsque l'on pénètre le contenu du langage ou du discours objet en scrutant le système que l'ensemble des prescriptions normatives qui le compose établi par rapport à la pandémie, il est possible de faire une observation. Les éléments utilisés pour appréhender, représenter rationnellement, connaître et identifier les objets (notamment les réalités sociales, des phénomènes ou faits matériels) tels qu'envisagés par les règles du système, à savoir les concepts[88], ne permettent plus une définition (traduction) aisée de certaines réalités ou phénomènes réels. Dans ce sens, il n'est plus facile de procéder aisément à leur qualification et leur classification de manière à les ranger sans difficultés au sein des

---

contrat à l'épreuve du covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit. p. 59.

[87] Djeuya Tchupou, op. cit., p. 308.

[88] Sur cet usage des concepts, voir Jean-Louis Bergel, op. cit. pp. 50- 52 et p. 107 ; voir aussi François Geny, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, Syrey, n° 218 et s.

catégories[89] du système ou de l'ordre positif. Dès lors, il n'est plus évident pour certaines catégories d'être en harmonie ou en cohérence avec d'autres au sein du même système. Ainsi, le covid-19 ou la crise causée par la pandémie qu'elle provoque n'a pas qu'une implication sur la forme que doit revêtir les exceptions, mais, le contenu des règles ou normes secrétées est aussi affecté. Les problèmes que la crise pose empêchent en effet aux catégories formelles d'appréhender logiquement, et ceci avec l'utilité ou l'harmonie du système dont elles participent à la structure et à la cohérence, les faits ou les phénomènes réels ; c'est dire ici qu'il devient difficile au régime –juridique- fixé par l'ordre positif de s'appliquer à la situation créée par la crise. D'où la contrainte de faire rapidement apparaître des formes ou catégories nouvelles dans le corpus juridique, en s'appuyant dans une perspective comparative, à ce que des milieux juridiques étrangers proposent dans les mêmes circonstances.

L'impulsion a été donnée par les mesures prescrites dans le cadre de la riposte contre le covid-19 dans certains pays, notamment le Cameroun, où il est prescrit le recours à l'usage des TIC dans les administrations publiques[90]. Dans ce sens, dans plusieurs domaines, notamment ceux en rapport avec les contrats, certaines règles peuvent apparaître soit comme inutile ou superflue dans de nombreuses situations, soit comme incomplète, en raison du confinement (restrictions des déplacements et fermeture d'établissement) ou des barrières (limitations des contacts physiques) que la crise impose[91]. L'usage du numérique ou des applications des nouvelles vagues de technologie (à l'instar de l'intelligence artificielle, de l'internet des objets, de la robotique…) dans les rapports traditionnels et la nécessité de respecter les mesures de distanciation sociale dans ce cadre, rendent par exemple nécessaire le recours à une forme nouvelle de relation de travail qualifiée de télétravail, ou à une forme nouvelle d'enseignement considéré comme le télé-enseignement (enseignement à distance), le télé-procès (télé-audience), la télémédecine, *l'e-financial market*… non

[89]Pour plus de détails, Michelle Cumyn et Frédéric Gosselin « Les catégories et la qualification : une approche cognitive », (216) 62 :2 *McGill LJ*, pp. 330 et s.

[90] Selon la onzième mesure de la stratégie de lutte contre le covid-19 issu d'une déclaration du 17 mars 2020 en effet, «*les administrations publiques devront privilégier les moyens de communications électroniques et les outils numériques pour les réunions susceptibles de regrouper plus de dix (10) personnes* ».

[91] Parmi les mesures imposées aux États par l'OMS dans le cadre de la crise, le confinement figure en bonne place.

reconnues par le dispositif normatif en vigueur dans certains pays d'Afrique[92]. Il y a donc une remise en question des repères traditionnels (en termes de lieu, du temps et de l'action) par rapport au régime des rapports sociaux[93] fixé par les normes.

Le recours à des formes nouvelles, en guise de mesure plus forte, semblent justifié par la nécessité d'empêcher l'apparition ou la présence du virus. Mais, il se trouve que la consécration de ces formes nouvelles peut poser de nombreux problèmes dans le corps social africain concerné, surtout qu'il semble ne pas disposer en son sein des éléments garantissant la certitude d'un fonctionnement satisfaisant de la société. Il est en effet possible de relever le problème d'équipements appropriés et du coût de ceux-ci, l'entretien et la réparation, les frais d'installation de connexions et de communication, les frais liés à l'utilisation de l'habitation à des fins professionnelles dans un environnement comme l'Afrique où la pauvreté est non négligeable et l'informel a tendance à avoir une proportion importante[94], le contrôle ou la gestion à distance de la relation, et pour le cas spécifique de la relation de travail à distance, l'application de la législation relative aux risques professionnels[95], le problème de la destruction des emplois du fait de l'usage des technologie, et donc du chômage…À cela, il serait possible d'ajouter sur le plan cybernétique dans un environnement peu outillé technologiquement, le problème du faible

[92] Le Cameroun notamment. Par rapport à la nécessité d'intégrer le télétravail, voir Alain-Douglas Wandji Kamga « covid-19 et recours au télétravail », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., pp. 150 et s., Monique Aimée Mouthieu Njandeu, op.cit., pp. 142 et s. ; Kom Kamsu Maurice, op. cit. ; Ghislain Gregory Tsasse Saha, « Covid-19 et suspension du contrat de travail », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 155 et s. ; Cyrille Monkam et Jean-Marie Tamnou Djipeu, « Le droit du travail à l'épreuve du Covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., pp. 171 et s. Collins Nkouchipou Pacha et Joseph Thierry Koumeni, « Le pouvoir de l'employeur en temps de covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., p. 195. Par rapport à la télé-audience, voir Pierre Claver Kamgaing, « crise sanitaire et procédures judiciaires : étude de droit processuel », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., p. 334 ; Par rapport à la télémédecine, voir Hervé Martial Tchabo Sontang, op. cit., p. 414. Par rapport à l'enseignement à distance, voir Gérard Tchouassi, « Métiers offerts et demandes au Cameroun en contexe de covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., p. 129 . Par rapport à *l'e-financial market,* voir Salifou Mouhouain, « Les marchés financiers après la covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 268 et s.

[93] Alain-Douglas Wandji Kamga, op. cit.

[94] Gérard Tchouassi, op. cit., p. 122.

[95] Sur ces questions, voir Alain-Douglas Wandji Kamga, op. cit., pp. 160 et s.

niveau de sécurité, de la protection limitée des données à caractère personnel avec notamment les risques élevés liés à leur traitement (par rapport à la protection de la vie privée par exemple), ou encore le risque opérationnel lié notamment aux pannes techniques et à la rapidité de l'évolution technologique par rapport à la faible sécurité ou à l'échec des opérations. Le risque opérationnel est en effet un risque qui peut par exemple affecter les systèmes et moyens de paiement électronique ainsi que ceux relevant de la monétique comme la carte bancaire (aggravant par là le risque de liquidité par rapport à la trésorerie ou le risque de crédit en l'absence de la contrepartie attendue à échéance, avec de nombreux incidents de paiement)[96]. Ainsi, le fait de vouloir résoudre un problème peut en créer d'autres, plus importants, au regard de cette tendance à une dématérialisation poussée dans un environnement où de nombreux pays sont technologiquement moins bien préparés à prendre *la nouvelle vague de technologie,* au regard de leur dépendance vis-à-vis de l'extérieur par rapport aux produits de l'industrie des technologies émergentes et relatifs notamment à la cybernétique, biotechnologie, nanotechnologie…[97]. Les conséquences qu'une défaillance du système ou du réseau informatique peut provoquer par le fait d'un agent malveillant tel qu'un virus informatique, en plus de celle de l'agent biologique, peuvent de ce fait pousser à remettre en cause l'élan vers l'option nouvelle et inviter à prendre plus de précautions, être plus prudent et réservé, face aux effets indésirables qui peuvent s'en suivre.

En dehors du langage objet ainsi affecté par la crise, le métalangage juridique n'est pas resté intact.

---

[96] Ulrich Evrard Leyinda Lekingani, *Analyse et gestion du risque dans le système bancaire: cas du risque monétique et de la monnaie électronique au Sénégal*, mémoire Académie Sherbrooke Dakar - Master européen en management et stratégies financières 2011.

[97] Sur ce point, voir le rapport 2021 de la CNUCED sur la technologie et l'innovation (p.25), qui laisse apparaître que *les pays d'Afrique subsaharienne et d'autres régions en développement sont les moins préparés pour la nouvelle vague technologique* (*intelligence artificielle, l'Internet des objets, les mégdonnées ou big data, les chaînes de blocs ou blockchain, la 5G, l'impression 3D, la robotique, les drones, l'édition génomique, les nanotechnologies et le photovoltaïque solaire)*. Rapport téléchargeable sur https://unctad.org/page/technology-and-innovation-report-2021. Voir aussi l'aperçu général du rapport en français (p. 10), sur :
https://unctad.org/system/files/official-document/tir2020overview_fr.pdf.

B) L'émergence d'un métalangage juridique atypique ou hybride

Avec le coronavirus, il se peut que le langage normatif ait tendance à dicter soit un ensemble de mesures sous forme de rapports d'exception qui éloigne de l'ordinaire, non sans exposer à de nombreux problèmes le corps social. Dans cette dynamique, sa présence a tendance à rendre plus difficile la formulation du métadiscours ou métalangage qui prétendra saisir les normes législatives dont il oriente désormais la prescription. La méthode classique elle-même utilisée pour le formuler a désormais tendance à intégrer exceptionnellement d'autres approches afin de mieux saisir, entretenir ou contrôler l'évolution des normes à appréhender scientifiquement. Ce qui permet de relever que le métalangage lui aussi semble avoir connu une mutation vers une espèce de forme hybride appréhendant d'une manière atypique le langage objet du droit.

Le métalangage juridique renvoie à l'une des catégories de discours que l'on retrouve dans le milieu du droit. Il s'agit en effet du second niveau de discours, dans la mesure où le premier renvoie aux normes, règles édictées ou prescrites. Le métalangage juridique est en effet le discours scientifique ou l'ensemble de propositions théoriques, constitué de connaissances raisonnées et coordonnés, qui décrit, les normes juridiques et les situations ou relations qu'elles établissent ou encadrent, sur la base d'un point de vue réflexif[98]. L'ensemble formé par le métalangage ou métadiscours forme ainsi la science du droit, ou mieux, les sciences du droit[99], puisqu'il existe à ce sujet plusieurs domaines dans considéré comme les sciences du droit de sorte que chacun d'eux constitue l'une des branches de la science du droit[100]. L'on cite parmi les branches du droit la science du droit positif (que Kelsen assimile à la « *théorie pure du droit* »[101]), la sociologie, l'anthropologie, la philosophie, l'histoire du droit, le droit comparé, l'analyse économique du droit, etc. De toutes ces branches, la forme classique du métalangage juridique ayant toujours dominé le milieu juridique et surtout l'activité scientifique qui a cours dans celui-ci est la science du droit positif. C'est pour cette raison qu'elle est regardée comme

[98] Véronique Champeil-Desplats, op. cit., n° 25.
[99] Ibid, op. cit., n°25.
[100] Dans ce sens, Boris Barraud, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, Paris, 2016, p. 65.
[101] Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2e édition, 1962, pp.95 et s. (voir Titre III Droit et science).

la branche principale de la recherche juridique[102]. Il s'agit dans ce sens de la forme de principe en matière de métalangage juridique, de sorte que toute autre forme sera considérée comme « exceptionnelle ». Cette dernière branche adoptée par l'école de l'exégèse, respecte l'orientation normativiste kelsénienne sur une base formaliste (absence de jugement du contenu des normes ou de l'intention législative) que l'on rattache au courant positiviste dogmatique ou normativiste, qui ne considère comme objet de la science du droit que les normes du droit positif.

Il se trouve cependant que l'existence de la pandémie du Covid-19 semble avoir remis en cause cet état de chose. *Plutôt que de mettre en lumière d'une certaine manière les solutions* (y compris en recourant à la libre recherche scientifique[103]*), de nombreux travaux vont jusqu'à proposer des solutions*. Le discours produit dans le cadre de ces travaux va dans ce sens intégrer ordinairement des approches non formalistes, se rapprochant de la méthode expérimentale par laquelle le savoir produit résulte d'une observation, d'une formulation d'hypothèse et surtout des solutions théoriques à vérifier par la confirmation d'une décision de justice[104] ou dans une certaine mesure par le législateur. En effet, à l'analyse de l'ensemble des travaux issus du milieu scientifique du droit en Afrique et portant sur le droit positif applicable à la situation créée par le covid-19, le métadiscours juridique a tendance à prendre une forme hybride ou syncrétique[105] qui associe plusieurs formes d'approche d'analyse du droit. Il s'agit d'une forme qui a tendance à intégrer l'approche interdisciplinaire, déjà proscrit par le *« purisme » kelsénien*[106], mais sans qu'il ne soit précisé de recours à l'éclairage d'un savoir non fondamentalement juridique. Ainsi par exemple, les travaux portant sur les rapports de la pandémie du covid-19 au droit du travail auront tendance à s'appuyer sur un point de vue philosophique pour amener le législateur à avaliser dans les règles à consacrer éventuellement, un certain idéal de droit subjectif (droit de se retirer de l'entreprise en cas

[102] Boris Barraud, op. cit., p. 66.
[103] Sur les éléments de cette méthode, lire F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 2, Paris, LGDJ, 2e édition, n°155 et s.
[104] Véronique Champeil-Desplats, op. cit., n° 54.
[105] Sur ce point, lire Van de Kerchove Michel et François Ost, « Possibilité et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1, no. 1, 1978, p. 15.
[106] Sur cette expression, voir Boris Barraud, op. cit., p. 430.

de danger au nom de l'idéal de sécurité[107]), qui pourrait rationnellement fonder les rapports du travailleur à l'entreprise. Il en est de même de l'analyse qui estime que la construction du droit face au Covid semble limitée, et ainsi, qu'une bonne construction d'un droit garant d'un idéal de sécurité sanitaire plus renforcée, mérite d'être envisagé[108]. D'autres intègrent un point de vue sociologique en proposant de se référer aux éléments factuels (les TIC par exemple) qui façonnent le mode de vie des populations en société (sur le plan social ou politique), et donc au travail, pour proposer, en guise de « souhait », au législateur d'intégrer *le télétravail* dans sa législation s'il ne l'a pas encore fait[109]. Dans d'autres hypothèses, notamment en matière d'encadrement des obsèques, ce sera par le truchement d'une vision purement anthropologique que l'analyse sera réalisée pour souhaiter que l'encadrement respecte les valeurs culturelles du peuple concerné par la législation à établir en période de pandémie[110]. Il ne faudrait donc pas négliger ces travaux se référant au point de vue sociologique ou anthropologique, le contexte de production, contrairement à ce prescrit une analyse formaliste classique. D'autres travaux se réfèrent à l'analyse économique du droit pour « souhaiter » que soit envisagé au profit des entreprises en difficultés en raison de la pandémie, des mesures adaptées à la situation et complétées par des mesures de soutien financier et fiscal à adopter par les États-membres[111]. D'autres enfin associent plusieurs points de vue à celui dit « juridique », en partant de l'observation sociologique de l'ineffectivité des mesures édictées (dans les audiences) pour éviter la propagation du virus pour déboucher sur la proposition d'un modèle alternatif (de procès) garant d'un certain idéal de justice[112].

---

[107] Voir dans ce sens Léopold Miendjem « La sante et la sécurité dans l'entreprise a l'épreuve de la covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., p. 117.

[108] Clotilde Etoulah Essoh, « La covid-19 et l'obligation sanitaire du commerçant », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), pp. 140 et s.

[109] Voir dans ce sens, Maurice Kom Kamsu, « l'impact du covid-19 sur les conditions d'exécution du contrat de travail Cameroun », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., p. 172.

[110] Dans ce sens, Moïse Tchimtchueng, op. cit. pp. 24 et s.

[111] Jean Marius Tatsadong Tafempa, « La covid-19 et la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », op. cit. pp. 202 et s.

[112] Voir dans ce sens Sylvain Sorel Kuaté, « Le tribunal à l'épreuve de la pandémie dite du covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 318 et s.

Sans doute que cette mutation exceptionnelle et prononcée par association de l'approche classique à d'autres approches peut se justifier dans ce cadre, par le fait que les juristes concernés ici, à l'image d'autres, ont trouvé dans d'autres domaines du savoir (les sciences sociales notamment) de solides fondements pour produire leur discours. Ce recours à l'extérieur peut donc trouver son sens dans le fait qu'en face de la crise, les normes qu'ils doivent décrire ont du mal à appréhender la pandémie dans leur forme ordinaire à laquelle ils sont habitués. D'où l'aide ou le support externe par l'appel considérable à d'autres appuis pour appréhender et orienter les normes (et par ricochet leur production) vers des formes exceptionnelles ou nouvelles qu'ils jugent adéquates. Il y a ainsi une tendance à s'appuyer parfois sur la méthode expérimentale des sciences physiques et de la nature importée dans les sciences sociales, pour partir d'une observation des faits sociaux qu'il faut nécessairement intégrer afin de renouveler la science juridique et faire face à la pandémie. Cela semble donc les amener à vouloir se libérer du formalisme relevant de la science juridique classique normativiste adopté par l'esprit de conservation de nombreux civilistes adeptes de l'exégèse, pour faire évoluer la science juridique ou le métalangage juridique, à l'instar de Thaller par rapport au droit commercial[113], vers *« un droit de la pandémie »*, ou de la crise sanitaire. Un droit qui a tendance à être beaucoup plus consensuel et dont l'objet, la pandémie (ici celle du covid-19), veut pousser de manière exceptionnelle, à remettre sur la table les clivages entretenus par l'autonomisation du savoir juridique, pour faciliter l'intégration en son sein avec beaucoup plus d'efficacité, non seulement les éléments du droit privé, mais aussi ceux du droit public ou de certains domaines particuliers du droit, (droit de la santé par exemple que le droit applicable à la crise sanitaire dépasse largement)[114].

[113]Pour plus de détails, voir Véronique Champeil-Desplats, op. cit., n° 56.

[114] Une pandémie comme celle causé par un agent biologique coronavirus-19 et la crise qu'elle provoque touche en effet à de nombreux domaines en dehors de la santé pour lesquels l'arme juridique peut être sollicité. Voir dans ce sens les séries d'études dans « Dossier spécial » consacré à la pandémie du *covid-19 et le droit,* préc. De nombreux auteurs privatistes, publicistes (et bien d'autres domaines du savoir) mêlent leur voix sur un même objet, la pandémie du covid-19. Sur le droit de la santé (droit applicable aux actes de santé), lire Hervé Martial Tchabo Sontang, « Le secret médical en contexte de crise sanitaire en droit camerounais », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp.

Mais il faut préciser que cet *hybridisme de la forme* du métalangage juridique qui fait figure d'exception ici, dans de nombreux travaux (dont quelques-uns seulement ont été cités à titre indicatif[115]) liés à une analyse un peu atypique du droit par rapport au covid-19, aura tendance à associer un certain « *fétichisme du contenu du droit* » à un certain « *fétichisme de la forme du droit* »[116]. Toute chose qui peut exacerber les distorsions ou obstacles épistémologiques à lever[117], au regard de la nécessaire indépendance de la science juridique.

D'un autre côté, ce sont les clivages ou la segmentation qui concernent la spécialité des discours (par exemple droit public/droit privé) qui ont vocation à appréhender les normes qui tend à s'estomper en face de la crise.

L'ensemble des mutations particulières ou exceptionnelles qui ont pu être observées dans ce cadre, et surtout des problèmes difficiles à résoudre, ont clairement fait apparaître de nombreux éléments qui montrent que le milieu juridique africain ne semblait pas préparé à faire face ou à appréhender une crise comme celle provoqué par le covid-19.

II- La défaillance d'une orientation originelle de la manière de faire juridiquement face à la crise

Pour savoir si l'on est bien préparé à remédier à une crise qui se présente, il convient entre autres de vérifier l'absence d'excès et surtout de toute complication que peut susciter la solution envisagée pour la combattre ou la résoudre efficacement, ainsi que des moyens dont on disposait pour l'éviter ou l'empêcher. À l'analyse des normes mises en place pour résoudre la crise, il se trouve que le cadre juridique consacré s'est considérablement complexifié en proposant de nombreuses mesures ou des obligations à respecter (à peine de sanction en cas de non-respect) pour la sécurité ou la protection du corps social. La défaillance d'une orientation préalable a alors

421 et s. Voir aussi Patrick Juvet Lowé G. « La santé, un bien », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. Cit. pp. 365 et s.

[115] Pour l'ensemble de ces travaux (sur les marchés financiers, le droit pénal, ou le droit commercial, en droit administratif), voir par exemple Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), précit.

[116] Van de Kerchove Michel et François Ost, op. cit., p. 16 ; voir aussi par rapport au « *fétichisme du contenu du droit* » M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 284.

[117] Ibid.

été constaté et a pu se justifier à travers la complexification inhabituelle du contenu du droit par un formalisme considérable (A). L'abondance du formalisme traduit l'effet d'une action s'incarnant dans des solutions qui suscitent une complication sérieuse des rapports, de nature à rendre la vie très difficile dans le corps social. D'où la défaillance d'une préparation préalable du milieu juridique africain à appréhender la crise, en attente probable de solutions appropriées venant de l'extérieur. Mais sur ce point cependant, il se trouve que les bases que le système privilégie, empruntés à un espace extérieur, n'ont pas permis d'éviter l'existence de cette crise. Ainsi, puisque l'étude des bases sur lesquels reposent une action permettent de vérifier la solidité des appuis de ce qui est entrepris (sur le plan juridique) pour prévenir et résoudre la crise en guidant les obligations (opérations) à respecter dans ce sens, il est donc important d'analyser la place respective de chacune des bases du droit dans le système juridique par rapport à la défaillance dans l'appréhension de la crise du covid-19 (B). Ce qui permettra de mieux savoir celles qui sont à privilégier d'une manière générale.

A) Au regard de la complexification inhabituelle du contenu du droit par un formalisme considérable

Le formalisme *est en effet défini comme la technique selon laquelle la validité et l'efficacité des actes sont subordonnés à l'observation de certaines formes, à des formalités*[118]. Ce qui renvoie à un ensemble de procédés techniques obligatoires consistant en des manifestations extérieures et sensibles destinés à envelopper les circonstances réelles (actes de volonté ou faits) d'où proviennent les situations juridiques, afin qu'en revêtant ces enveloppent à titre de condition, ces circonstances aient l'effet ou la conséquence que la norme fixe à celles-ci. Ainsi, sans nécessairement influencer l'existence de certaines circonstances de la vie, les procédés techniques qui leur exigent une forme, apporte simplement de l'énergie à leur action, conformément à ce que fixe la règle[119]. Le non-respect des formalités prescrites, parfois sous forme d'obligations ou de mesures à prendre, expose à des sanctions, notamment l'impossibilité pour

[118] Jean-Louis Bergel, op. cit. pp. 62- 63. Cette approche se distingue des conceptions du formalisme retenues dans le cadre de la méthodologique en droit. Sur ces conceptions, lire Champeil-Desplats, op. cit.,, n° 58. Cependant, toutes les conceptions du formalisme semblent se retrouver autour de *la nécessité de respecter une « forme » précise*.
[119] Ibid.

l'élément concerné de produire les effets escomptés, sa méconnaissance (inopposabilité notamment si la forme permettait simplement de rendre l'élément public), ou son annulation (avec toutes les conséquences sur le plan civil ou pénal que l'annulation peut impliquer par rapport à l'inexistence de l'élément annulé). Il s'agit de ce point de vue d'un ensemble de procédés qui pourrait s'assimiler à un processus qui peut participer, dans le même sens que les fictions[120], à orienter symboliquement les rapports ou la vision que l'on doit avoir d'eux, vers un but précis (en fonction d'une certaine idéologie) pour protéger ou sécuriser certains intérêts.

Il se trouve donc que face à la crise provoquée par la pandémie du covid-19, des opérations ordinairement simples, pour avoir une certaine validité et une efficacité certaine, sont chargées de nombreuses formalités, et rendent plus lourdes la production du résultat final escompté. D'où la complexification à travers un abondant formalisme qui est consécutif au fait que l'existence du virus a tendance à rendre l'organisation des rapports plus compliquée. Ceci en raison du fait que la gestion de la présence du virus ou de la crise qui en résulte, provoque, dans une perspective utilitaire ou sécuritaire, le recours à des mesures qui vont nécessairement imposer d'une manière inhabituelle, d'un part des techniques à utiliser (par rapport aux formalités à respecter) dans le sens des précautions ou de la prévention pour être à l'abri de tout danger, et d'autre des charges qui peuvent nécessairement découler de l'usage de ces techniques.

Cette complexification peut être liée à l'existence d'un formalisme considérable orienté vers l'ensemble des rapports sociaux (1) ou à destination de certains rapports en particulier (2).

1) L'existence d'un formalisme considérable orienté vers l'ensemble des rapports sociaux

En présence du covid-19 ou de la crise qu'il créé, les normes secrétées ont eu tendance à soumettre l'ensemble de la société au respect d'un ensemble de mesures qui doit être respecté quel que soit le rapport ou la situation. Cet ensemble de mesures formulées par l'OMS à destination des États membres, qui se présentent comme des procédés ou des techniques qu'il

[120] Sur la fonction de politique juridique des fictions, lire Jean-Louis Bergel, op. cit., pp. 81 et surtout 84 et s.

faut observer dans la vie quotidienne, et dans toutes les activités auxquelles l'on peut se livrer.

Au Cameroun par exemple, parmi les 13 (treize) mesures édictées par la déclaration spéciale du Premier Ministre, Chef du Gouvernement, le 17 mars 2020, dont l'objectif était de présenter la stratégie gouvernementale de riposte contre la pandémie du coronavirus telle que définie par le Président de la République, ont consacré de telles formalités. Il s'agit notamment de la première, de la quatrième, et de la treizième mesure qui prévoient respectivement que : « *un système de régulation des flux des consommateurs sera instauré dans les marchés et les centres commerciaux* », « *les rassemblements de plus de cinquante (50) personnes sont interdits sur toute l'étendue du territoire national* », et *« les populations sont invitées à observer strictement les mesures d'hygiène recommandées par l'Organisation Mondiale de la Santé, à savoir notamment se laver régulièrement les mains au savon, éviter des contacts rapprochés tels que se serrer les mains ou s'embrasser, se couvrir la bouche pour éternuer »*[121]. Un *nouvel ordre formel* a été publié officiellement le jeudi 09 avril 2020, ajoutant è (sept) mesures aux 13 (treize) premières. La première, la deuxième, la sixième et septième mesure prévoient respectivement que : « *La généralisation du port du masque, à compter du lundi 13 avril 2020, dans tous les espaces ouverts au public* », « *La production locale des médicaments, des tests de dépistage, des masques de protection, des gels hydroalcooliques par les institutions nationales compétentes, sous la responsabilité du Ministre de la Recherche Scientifique, en relation avec le Ministre de la Santé Publique* », « *La poursuite des activités essentielles à l'économie, dans le strict respect des directives du 17 mars 2020 et des gestes barrières recommandés par l'Organisation Mondiale de la Santé* » et « *La sanction systématique de tout contrevenant aux mesures de restrictions en vigueur et de confinement imposées aux personnes à risques* »[122]. À cela, *il serait possible d'ajouter une éventuelle obligation de présenter un document qui justifie que l'on s'est fait vacciner contre le covid*.

Il ressort de l'analyse de l'ensemble de ces dispositions que les rapports sociaux sur tous les plans et notamment social ou économique, sont

[121] Cité par Spener Yawaga, op. cit., p. 217.
[122] Ibid.

désormais soumis au respect de certaines formalités qu'il faut nécessairement respecter pour ne pas s'exposer à une sanction systématique. Les formalités dont il s'agit ici sont davantage *des formalités habilitantes*, car, les obligations ou formalités à respecter dans ce cadre, permettent de couvrir une incapacité présumée (ou décrété) à exercer d'une certaine manière des prérogatives (à l'exemple sur le plan substantiel d'une liberté, d'un droit ou d'une activité économique), incapacité que l'organisation juridique normative a dû imposer ou établir pour des motifs d'ordre social supérieur[123], et dans le cas d'espèce pour la protection contre la pandémie. Ce qui peut ne sera pas chose aisée à faire, dans la mesure où cette soumission à un tel formalisme peut exposer le corps social à des problèmes considérables tant sur le plan matériel que moral. Au regard de ces mesures, il est par exemple possible de relever sur le plan social que toute cérémonie, réunion, manifestation heureuse ou malheureuse, doit nécessairement se faire, sous peine de sanction des contrevenants, avec moins de 50 (cinquante) personnes. C'est ainsi que par exemple que par rapport à certains événements malheureux, à l'instar du deuil[124] ou du processus d'inhumation[125], Ces mesures qui limitent formellement le nombre de participant aux obsèques, qui imposent une distance, des barrières, un contrôle (test de dépistage pour savoir si l'on n'est pas malade) entre les individus ainsi qu'un dispositif parfois coûteux (pour la santé ou la sécurité), a tendance à affaiblir ou alourdir ledit événement, et par ricochet, fragiliser de manière dramatique, moralement ou psychologiquement la société[126]. Il se trouve en effet que le deuil en Afrique est, d'un point de vue anthropologique, ou du moins symbolique, regardé comme étant d'une grande importance pour les vivants, sa famille (au sens

[123] Pour cette approche de la définition des formes habilitantes dans le cadre du formalisme, lire François Gény, op. cit., p. 114. L'auteur cite d'ailleurs d'autres types de forme, notamment les *formes (éléments extérieurs) solennelles* (imposé par le droit positif ou les normes à un fait pour que ce fait atteigne son but dans le domaine juridique visé), *probatoires* (permettant à un fait qui le revêt d'être établi), *de publicité* (permettant à un acte d'être divulgué), de procédure et d'exécution (permettant d'engager une procédure et la conduire efficacement jusqu'à son terme) et fiscales (permettant d'assurer la perception de l'impôt). Il faut distinguer ces formes d'autres formes d'actes ou de situations (phénomènes) qui se rapproches plutôt des catégories (réelles) consacrées ou non par le droit.

[124] Sur cette question par rapport au covid, lire Claude Abbé, op. cit., pp. 6 et s.

[125] Sur cette question par rapport au covid, lire, Moïse Timtchueng, op. cit., pp. 23 et s.

[126] Moïse Timtchueng, op. cit., p. 26. Moïse Timtchueng, op. cit., pp. 28 – 34.

large comprenant ses amis ou des connaissances) dans leur rapport avec l'au-delà. En effet, il s'agit de la meilleure manière d'accompagner le défunt dans l'au-delà en l'entourant du respect dû, tant à son humanité qu'à la qualité de la vie qu'il a menée de son vivant, de sorte que là-bas, il intervient favorablement pour eux tout en leur préparant une place à ses côtés dans le monde protecteur ancestral[127]. Selon un auteur en effet, *les mesures édictées laissent croire que les cérémonies funéraires constituent des moments qui expriment une volonté de se débarrasser d'une dépouille encombrante, gênante et dangereuse*[128]. Ainsi, par cette tendance à la fragilisation de cet aspect du droit des personnes ou de la famille, c'est donc, pour reprendre un auteur, l'une des zones (à côté du droit foncier qui est d'une perméabilité intermédiaire) de « faible perméabilité » à l'emprunt des règles élaborées ailleurs qui est affecté par le covid-19, parce qu'elle constitue « le domaine par excellence des mœurs traditionnelles de la coutume et de la religion »[129].

Dans le domaine économique, notamment en matière de relations commerciales (entre client et commerçant notamment) ou en matière de relation de travail (entre employeur et salarié), les mesures qui ont été évoquées sont très couteuses et imposent des charges supplémentaires au commerçant ou à l'employeur. S'agissant de la relation commerciale par exemple, dans le cadre de l'exercice de son activité, certaines formalités liées à l'existence de la pandémie peuvent lui être imposées. Ainsi, il peut exister en raison du covid, un renforcement des obligations existantes liées à la qualité des produits (à vendre, à importer ou à exporter), au soin à apporter à ses produits (en matière de conservation, de stockage) ou à l'environnement (l'hygiène de l'ensemble de l'établissement), à sa santé (devoir de se faire vacciner et de se faire traiter), à la sécurité, dans l'exercice de son activité[130]. Par rapport à ces mesures spécifiques liées au

[127] Claude Abbé, op. cit., p. 7 ;

[128] Ibid.

[129] P. G. Pougoué, *La systématisation du droit privé au Cameroun à propos de la famille et de la terre*,
Thèse Bordeaux, 1977, p.374 ; Moïse Timtchueng, p. 28.

[130] Pour plus de détails sur ces obligations, cf. au Cameroun par exemple la loi camerounaise du 06 mai 2011 portant protection du consommateur, la loi camerounaise du 21 décembre 2015 régissant l'activité commerciale, la loi du 18 avril 2016 régissant le commerce extérieur au Cameroun, la loi du 14 avril 1998 relative à l'activité touristique et son décret d'application du 25 mars 1999, ou encore la loi du 05 août 1995 portant loi-

covid, il peut s'agir de l'obligation en rapport avec le nombre (moins de cinquante) de personne et de la qualité de ceux qui doivent être admis dans l'établissement de commerce (soumission au contrôle dans le respect de la régulation du flux), à la sécurité (port obligatoire du masque et distanciation sociale), à l'hygiène et à la santé (obligation de disposer d'un gel hydro alcoolique, d'un savon, du matériel de nettoyage et tout autre dispositif hygiénique nécessaire)[131], etc. Par rapport à la relation de travail, les mêmes exigences peuvent s'imposer à l'employeur quant à l'hygiène, la sécurité et à la santé (physique et mentale) des travailleurs[132], qui doivent être *spécifiquement* renforcés par la contrainte au respect de *mesures spéciales* du fait de la pandémie, afin que l'activité soit exercée en toute quiétude[133].

Le formalisme auquel le droit positif soumet ainsi les populations quant à l'exercice de leurs différentes prérogatives sur le plan social ou économique peut être à questionner d'un point de vue sociologique et économique, au regard du coût que leur respect pourrait impliquer et de la situation financière ambiante avant et pendant la crise (qui impose des restrictions édictées par les textes s'y rapportant) et du tissu économique qui est largement constitué de l'informel. Cette absence de la prise en compte de l'effet sur la société que ces mesures pourraient certainement traduire une défaillance préalable dans la manière d'orienter la gestion des effets de la crise. Tout se passe donc comme si le contenu d'un code nouveau qui est transmis par les soins de l'action qui dicte la norme qu'il porte, est très difficile à décrypter et surtout à appliquer sans conséquences négatives considérables dans un environnement ou un corps social régit à l'expérience juridique par le contenu d'un autre code. C'est sans doute en

---

cadre relative à la gestion de l'environnement. Cest textes fixent des sanctions en cas de non-respect de ces obligations. Clotilde Etoulah Essoh, op. cit., pp. 134 et s.

[131] Pour plus de détail, voir Clotilde Etoulah Essoh, op. cit., pp. 140 et s.

[132] Au Cameroun par exemple, les dispositions de la loi du 14 août 1992 portant Code du travail et ses décrets d'application en la matière (sur ces décrets, voir Pierre Boubou, *Les textes d'application du Code de travail, Banque africaine des données juridiques*, 2007, pp. 270-306)., à l'instar de l'article 95 (et son arrêté d'application du 26 novembre 1984 fixant les mesures générales d'hygiène et de sécurité sur les lieux de travail) et des dispositions suivantes, de loi du 13 juillet 1977 portant réparation et prévention des accidents de travail et maladies professionnelle

[133] Pour une étude des *obligations spécifiques* imposées à l'employeur dans ce cadre, voir Martin Bertrand Nkoa Kono, « Le risque pénal du Chef d'entreprise au temps du covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., pp. 269 et s.

raison de cela que, comme l'a relevé un auteur à propos du cas camerounais, c'est « *sous la pression des effets pervers (surtout économiques) de ces mesures, le Gouvernement procèdera (…) à l'assouplissement de ces mesures barrières non sans laisser en vigueur quelques-unes et la sanction systématique de leur violation* »[134].

Cet état de chose peut aussi être relevé à propos de certains rapports en particulier dont le formalisme s'est aussi saisi.

2) L'existence d'un formalisme considérable orienté vers certains domaines en particulier

Dans le domaine processuel par exemple, en rapport avec la restriction du nombre de personne dans les lieux ouverts au public, un encadrement formel spécifique des audiences a été mis sur pied, s'agissant du respect des mesures de distanciation et de la restriction du nombre de personne dans les salles d'audience[135]. Cette mesure à respecter pour la tenue d'une audience portera atteinte à certains principes du droit processuel qui vont être restreint et confiné à une exception. L'on cite notamment le principe de publicité[136]. Selon un auteur, cela peut poser un sérieux problème dans la mesure où l'on se trouve dans « *un contexte où une partie des juristes, rattachée à la tradition juridique anglo-saxonne, souligne l'importance ici de la connaissance du précédent, laquelle ne se comprend pas sans le respect de l'exigence de publicité de la justice, de la décision du magistrat ou, si l'on préfère, du tribunal ou de la cour* »[137]. L'autre principe est celui du contradictoire ou de la contradiction[138]. Il se trouve en effet que *la présence et la participation active des protagonistes, chose peu compatible avec les mesures édictées dans le cadre de la lutte contre le covid-19*[139].

Sur le plan substantiel, il est possible de citer certains domaines ou professions qui ont été affectés par un formalisme abondant comme le

[134] Spener Yawaga, op. cit., p. 218.
[135] Voir par exemple au Cameroun le message porté n° 0008/03 du 18 mars 2020 du Ministre de la Justice, Garde des Sceaux.
[136] Voir pour plus de détails Sylvain Sorel Kuaté,, op. cit., pp. 316 et s. ; Joseph Fometeu et Diane Carlyne Wagoue Tongue, « Les principes directeurs du procès civil à l'épreuve des mesures de lutte contre la Covid-19 », », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), pp. 114 et suivant ; voir ég. Pierre Claver Kamgaing, op. cit., pp. 325 et s.
[137] Sylvain Sorel Kuaté,, op. cit., p. 317.
[138] Ibid. ; Joseph Fometeu et Diane Carlyne Wagoue Tongue, op. cit. pp.108 et s.
[139] Sylvain Sorel Kuaté,, op. cit., p. 317.

domaine des transports et surtout le transport des personnes. Il a en effet connu un encadrement supplémentaire particulier (avec d'importantes restrictions et des obligations à respecter avant et pendant le voyage en raison de la crise) par rapport à son rôle dans la propagation du virus dans le monde[140]. Il est également possible d'évoquer le domaine médical, au sein duquel un formalisme considérable semble se développer par rapport au traitement de la pathologie causée par le covid-19. En Afrique en particulier, il est possible d'observer qu'un encadrement relatif au respect de certaines obligations et de se soumettre à un contrôle (depuis le niveau international avec entre autre les recommandations de l'OMS jusqu'au niveau national avec la prise en compte par les États des normes ou standards internationaux appropriées), concerne non seulement le traitement qui doit être fait au malade testé positif au covid-19 en général[141], mais aussi et surtout les produits fournis à titre préventif ou curatif qui sont issus de la pharmacopée traditionnelle en particulier[142]. Par rapport aux produits de la pharmacopée traditionnelle en particulier, il se trouve que cet encadrement a tendance à vouloir mettre en exergue une certaine méfiance à l'égard de ceux-ci, malgré l'affirmation de leur efficacité dans certains pays d'Afrique (le Cameroun et Madagascar notamment)[143]. De ce fait, l'implication de la crise sanitaire par rapport au devoir de protéger les populations qui a abouti à cet encadrement, semble avoir rendu difficilement accessible le traitement de la pathologie, malgré la proximité ou la confiance de longue date des populations à l'égard des produits de la pharmacopée traditionnelle ou naturelle sur la base d'une expérience effective, et de leur faible coût[144]. C'est sans doute la raison pour laquelle des auteurs ont plaidé, en face de la pandémie, pour faciliter sa protection (*à travers des procédés simples à l'instar du secret ou d'un simple enregistrement, au cas où le brevet qui comporte d'importantes*

[140] Pour plus de détails, voir Jean-Claude Ngnintedem et Patrice Hubert Kagou Kenna, « l'inexécution du contrat de transport de marchandises à l'épreuve de la covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 357 et s.

[141] Voir pour plus de détails Tchabo sontang, op. cit., pp. 426 et s.

[142] Pour plus de détails sur l'ensemble des mesures de contrôle ou du formalisme y relatif, Spener Yawaga, op. cit., pp. 221 et s.

[143] Ibid, p. 222.

[144] Ibid., p. 223 et surtout 226 et s. ; voir ég. Akama Samuel Penda, « Covid- 19 and traditional pharmacopoeia: an analysis of the patentability of traditional medical innovations under the conventional patent system », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), pp. 291 et s.

exigences techniques n'est pas adapté) afin de permettre sa distribution aisée[145].

Il serait donc possible d'observer, s'agissant de la gestion des effets de la crise provoquée par le covid-19 à travers la multiplication soudaine et considérable du formalisme qui complexifie le droit, qu'il existe une réelle défaillance quant à l'existence d'une orientation préalable d'une manière d'appréhender juridiquement la crise causée par le covid. Cette défaillance permet ainsi de jeter un regard sur les bases à partir desquels ces normes ou solutions sont élaborées, par rapport à l'appréhension juridique de la crise.

B) Par rapport à la place respective de chacune des bases du droit dans le système

Le milieu ou l'univers juridique, par rapport à toute crise, a une arme qu'il met en évidence pour régler la situation, ce sont les normes que portent les règles de droit. Ces normes, langage objet, seront accompagnées dans leur mission par le métalangage juridique de manière à donner une certaine énergie à l'action législative qui les a sécrétés et que les normes incarnent. Il se trouve que cette action législative (dont la force de l'autorité de leur auteur est attribuée par le corps social dès sa constitution), et ainsi les normes qui les incarnent partent d'une base qui lui sert d'appui en orientant le sens de son contenu. Cette base qui sert donc de fondement ou d'appui et de guide du sens de l'orientation, est ce qui va en quelque sorte donner de la valeur à la force des normes ou de l'action législative, par rapport à la crise qu'il faut appréhender depuis le risque de survenance jusqu'à ses éventuels effets, le cas échéant.

Actuellement, le droit de la plupart des pays d'Afrique subsaharienne, du fait de la colonisation, est un droit qui repose sur une base individualiste. Or, les sociétés de cet espace du monde sont reconnues comme étant (d'un point de vue historique, sociologique et anthropologique) originellement à valeur solidariste et communautaire[146].

---

[145] Dashaco John Tambutoh « The patent system and protection of the treatment for covid-19: the way forward under the Bangui agreement », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 273 et s. ; Akama Samuel Penda, op. cit.

[146] Voir dans ce sens P.-G. POUGOUÉ, op. cit., n°275. L'auteur explique ici à propos des conceptions négro-africaines du droit, *qu'elles sont faites de solidarités et dominées par l'esprit communautaire*.

Il a donc paru nécessaire de rendre compte de la place que le législateur donne à chacune de ces bases par rapport à l'appréhension de la crise du covid-19. En fait si l'une d'elle a tendance à diriger son action mieux qu'une autre dans un sens favorable à la lutte contre la crise. Ce qui permet *in fine* de savoir laquelle des bases, l'action législative avait privilégié au préalable avant la crise, et par la suite, celle qui se présente objectivement comme devant être privilégiée. Il en ressort clairement que la défaillance quant à l'orientation préalable d'une manière d'appréhender juridiquement la crise, peut se comprendre après l'analyse d'une part de la forte orientation individualiste dans la survenance et la gestion de la crise (1) et d'autre part de la faible coloration solidariste ou communautaire du droit (2).

1- La forte orientation individualiste dans la survenance et la gestion de la crise

Selon un auteur, *l'individualisme est l'un des sept piliers de l'esprit des lois dans l'occident moderne ou contemporain*[147]. L'individualisme se manifeste selon lui par deux composantes à savoir l'autonomie individuelle et la supériorité de l'individuel sur le collectif. La supériorité de l'individuel peut se manifester dans le libéralisme, dans la mesure où, le libéralisme est une « *liberté en tout » traduisant le triomphe de l'individualité* sur toute autorité. Cet ensemble individualiste constitué par l'autonomie individuelle et le libéralisme qui est connecté à l'hédonisme (recherche du plaisir comme objectif de l'existence humaine), pousse ainsi à *« une permissivité dont les limites sociétales sont toujours susceptibles d'être repoussées plus loin » pour être servi par le matérialisme, de manière à poser la question de savoir jusqu'où la société moderne poussera-t-elle l'irresponsabilité économique*[148]. À partir d'une approche déterministe, il faut relever que cet individualisme sur laquelle repose l'action législative est issu de facteurs -économiques- de production du droit ayant ainsi abouti à repousser la direction ou la surveillance normative des conduites humaines par l'ordre public, au profit de l'autonomie de l'initiative

[147] Antoine Leca*, Le Code était presque parfait. Introduction historique au droit*, Lexis nexis, Paris, 2013, pp. 115-116 et 123 et s. L'auteur cite en plus de l'individualisme : le rationalisme, le libéralisme (en tant que triomphe de l'individualisme), le sécularisme, la démocratie, le socialisme et l'hédonisme. Ceux-ci peuvent parfois apparaître comme complémentaires.

[148] Ibid, pp. 152-153.

individuelle et de la liberté (des conventions)[149] comme prérogatives des Hommes. Ces prérogatives, qui ont contribué à forger le concept de propriété qui confère une autonomie dans la libre disposition (et donc libre appropriation) d'un bien tant qu'aucune interdiction légale ou réglementaire n'existe[150], peuvent désormais s'exercer sur un patrimoine constitué de biens dont la liste intègre de plus en plus des biens d'un genre nouveaux. Par rapport aux biens d'un genre nouveau susceptible d'appropriation, il serait possible de citer les biens qui relèvent de l'*e-monde (ou du monde cybernétique ou virtuel)*, ou du *bio-monde*, à l'instar du *matériel biologique (issu de la biotechnologie[151]), qui peut être humain ou non humain*.

Le matériel biologique non humain est constitué soit d'échantillons de faune et de flore qui peuvent aider à comprendre des processus biologiques ou qui ont des propriétés bénéfiques, soit *du matériel microbien comme les bactéries et les virus*. Il est possible pour les organismes étatiques ou non étatiques de les collecter par bioprospection dans les ressources naturelles, en particulier dans les forêts tropicales, d'être collectionnés et stockés dans des biobanques dans une base d'échantillons à des fins mercantiles au regard de leur retombé industrielle[152]. Parmi les organismes non étatiques concernés, l'on cite les entreprises commerciales comme les entreprises de biotechnologie (et notamment des biotechnologies rouges du secteur de la santé), étant entendu que ce matériel a une nature économique ou une valeur marchande. Il est possible de relever que malgré l'existence d'une *Convention sur la diversité biologique, qui offre un cadre de réglementation de l'utilisation de ce matériel collecté,* un auteur relève qu'*il n'existe pas une*

[149] Jean-Louis Bergel, op. cit., n° 138 et 140.

[150] Cf. dans ce sens l'article 544 du Code civil français de 1804.

[151] La biotechnologie est un ensemble de techniques et de connaissances liées à l'utilisation du vivant dans les processus de production et issues des récents progrès de la biologie moléculaire ; voir David Catherine, Frédéric Corolleur, Roger Coronini, « Les fondateurs des nouvelles entreprises de biotechnologies et leurs modèles d'entreprise. Une approche par les compétences et les ressources illustrée sur le cas français », *Revue internationale P.M.E.*, vol. 15, no 2, 2002, p. 65. Pour une étude plus détaillée, lire Sylvie Laporte, *Le double visage des inventions biotechnologiques, une source potentielle de risques majeurs,* Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2011.

[152] Denis Mazeaud, Florence Bellivier, « La protection du vivant à travers le contrat », *RDC 2012*, n° RDCO2012-1-041, pp. 266 et s.

base de données fiable sur le matériel biologique non humain stocké[153]. C'est ainsi que les produits de la biotechnologie issus des techniques du génie génétique utilisant des composants du vivant (molécules, cellules, organismes…) pour rechercher, *faire varier ou produire des substances chimiques ou des éléments d'origine végétale, animale ou microbienne*, peuvent constituer des biens privés. La personne physique ou morale titulaire peut renoncer à les mettre dans le domaine public (ceci sans négliger la possibilité d'un organisme étatique d'être intéressé) pour en disposer à des fins mercantiles[154], en cherchant à maximiser les avantages qu'elle peut en tirer *en l'absence de barrières légales ou réglementaires d'ordre éthique ou répressif et dissuasif efficace*, dans un pur esprit individualiste. Or, il apparaît que les produits de la biotechnologie, tels que les agents biologiques issus de variations génétiques successives accroissant la virulence ou la résistance de ceux-ci, peuvent constituer des armes biologiques (relevant du bioterrorisme ou de la criminalité biologique) responsables des crises humanitaires. Sur le fondement de l'individualisme connecté à l'hédonisme et au matérialisme qui le sert, la libéralisation de l'appropriation de certaines ressources et d'un certain usage des produits de la biotechnologie, à l'instar de leur commercialisation dans le but de tirer un maximum profit de la vente des antidotes ou des produits à usages préventif ou curatif, ne met pas à l'abri d'une dissémination ou d'une prolifération délibérée des agents biologiques pathogènes qui serait à craindre[155]. Face à une crise humanitaire comme celle du covid-19, la question des nouveaux défis de la responsabilité en droit[156], de la force créatrice de certains phénomènes et de la réaction du droit face à l'évolution technologique ou de l'agression la science de la vie sur le corps, se pose avec acuité dans le cadre d'une *bio-législation*, et plus spécifiquement d*'une bio-législation de crise*.

L'orientation individualiste peut également affecter négativement la gestion économique des effets de la crise, par des comportements qui

[153] Polski Margaret, « L'organisation économique de la recherche biomédicale aux États-Unis », *Revue internationale des sciences sociales*, 2006/2 (n° 188), p. 301.

[154] Polski Margaret, op. cit. pp. 306-307.

[155] René Baylet, op. cit., pp. 16 et s.

[156] Voir par exemple le problème de l'assurance des risques liés à la pandémie du covid-19, Rostand Gervais
Tsomevou, « La covid-19 et le risque non assurable », Dossier spécial « Covid-19 et le droit » - Partie 2, pp. 237 et s.

peuvent être rattachés ou non, directement ou indirectement à une éventuelle bio-criminalité. En effet, la multinationale qui pourrait provoquer dans le cadre de la bio-criminalité la dissémination des agents pathogènes afin de tirer profit d'une éventuelle distribution des traitements, peut se délocaliser sous d'autres formes en adoptant la forme anonyme. Au sein de cette dernière, des acteurs issus du milieu du pouvoir librement représentés par exemple par des prête-noms actionnaires, peuvent avoir tendance à utiliser certains procédés (exacerbation de la crise, obstacle à l'admission d'un traitement autre que celui proposé par la firme dont ils sont actionnaires, défaut de transparence…) pour orienter la lutte contre la crise ou la pandémie causée par l'agent au profit de leurs intérêts[157].

Le rôle que l'individualisme a joué dans la modernisation ou le modernisme est certes indéniable. Cependant, face au problème que l'orientation d'une action qui s'appuie sur base exclusivement individualiste peut poser par rapport à la pandémie, il serait nécessaire de voir si la faible coloration solidariste ou communautaire des normes, peut avoir joué dans la défaillance de l'appréhension de la crise du covid-19 par le milieu juridique africain ou l'action législative qui le concerne.

2- La faible coloration solidariste ou communautaire du droit

La solidarité est en considérée comme un lien d'entraide réciproque entre les individus[158]. Tandis que l'esprit communautaire ou collectiviste permet d'une part de relever l'appartenance de chaque membre à la communauté (ou au corps social) considéré comme bien commun et d'autre part sa participation par une certaine proximité à la vie du groupe, ceci dans la recherche permanente d'un équilibre entre les besoins de chacun et les impératifs du groupe[159]. Il s'agit de deux bases du droit négro-africain. D'après ce qui précède, ces deux éléments permettent d'abord de mettre des obligations à la charge des membres d'une communauté d'individus, dans le but de les amener à adopter un comportement raisonnable ou

[157] Voir par exemple au Cameroun, les développements sur le scandale (connu sous le nom de *covidgate*) lié au soupçon de détournement des fonds relatifs contre le covid-19. Voir dans ce sens :
https://www.lemonde.fr/afrique/article/2021/06/01/au-cameroun-des-milliards-de-francs-cfa-dedies-a-la-lutte-contre-le-covid-19-detournes_6082404_3212.html

[158] Sur la définition de la solidarité, voir, Cornu, op.cit. (voir solidarité).

[159] Sur cette approche de l'esprit communautaire, voir P.-G. Pougoué, op. cit., n°274-275.

moralement convenable et responsable (soucieux des intérêts sociaux et économique de la communauté). Elle permet également d'imposer des limites aux droits des individus pour ne pas avoir à faire supporter à la communauté des charges trop importantes.

Il se trouve que de plus en plus, la solidarité est invoquée par une tendance qui s'est développé dans le milieu civiliste qui est ordinairement regardé comme individualiste[160]. Il s'agit du solidarisme contractuel qui s'est développé à partir des travaux de Demogue[161]. Celui-ci s'est appuyé sur la bonne foi pour faire appel à l'esprit de solidarité dans le contrat afin de ne laisser considérer les relations contractuelles comme uniquement au service de la seule volonté des contractants et sous l'unique emprise d'un bloc contractuel par principe immuable et intangible. L'individualisme qui est porté par un certain subjectivisme a en effet tendance à prendre de la distance avec la morale en reconnaissant davantage de nombreuses prérogatives aux sujets dans les situations contractuelles ou extracontractuelles appréhendées ou consacrées par le droit. Or, la solidarité portée par le solidarisme a plutôt tendance à transformer les rapports de type individualiste en les imprégnant davantage de morale. Ceci en imposant aux individus, en face d'une crise qui perturbe l'évolution des rapports, une certaine conduite ou de nombreux devoirs, à l'instar de l'obligation de coopération ou la collaboration[162], ou encore une mutualisation des efforts dans une certaine interdépendance des membres d'un groupe, d'une communauté, d'un système, du corps social entier[163].

[160] Voir l'article 1195 de la récente réforme française du Code civil qui a intégrer l'obligation de renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles postérieurement à la conclusion du contrat, intégrant ainsi la position de la jurisprudence sur la possibilité de modifier ou réviser le contrat en l'absence de clause dans ce sens, contrairement à la jurisprudence *canal de crapone* réfractaire à la théorie de l'imprévision.

[161] Philippe Remy, « La genèse du solidarisme », *in* L. Grynbaum et M. Nicod, (sous la dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, pp. 8.

[162] Ibid., pp. 8 et s.

[163] Antoine Gaudemet, « le risque de système », *in* Supiot Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Nouvelle édition [en ligne]. Paris : Collège de France, 2018 (généré le 13 avril 2018). Disponible sur Internet, p. 275.

Cette vision solidariste est d'ailleurs considérablement sollicitée face aux difficultés causées par la crise du covid-19 dans le corps social en général[164] dans les rapports d'obligations en droit commun[165], des domaines spéciaux[166], ou lorsqu'un dommage est subi de ce fait[167]. Une série d'étude a même explicitement consacré à la dynamique de solidarité comme réponse, par rapport à l'expérience des crises économiques, financières, environnementales, sociales…, à une certaine irresponsabilité dans

[164] Au Cameroun, voir l'ensemble des mesures d'ordre économique, financier, fiscal, social… prises à travers la Déclaration du Premier Ministre, Chef du Gouvernement du 30 avril 2020 dans le cadre de la stratégie gouvernementale de riposte face à la pandémie du coronavirus.

[165] Voir dans ce sens, Sunkam Kamdem Achille, « L'impact du covid-19 sur les relations contractuelles », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 50 et s. ; Siméon Patrice Kouam, « Le coronavirus (covid-19) et la révision de la théorie de l'imprévision », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 58 et s. ; Véronique Carole Ngono, La covid-19 et la formation du contrat », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 85 et s. L'auteur estime que les partie doivent désormais prendre en compte, dans un esprit solidariste, tous les éléments susceptibles de rendre plus difficile voire impossible l'exécution du contrat; Fadi Achi, « Au-delà des crises sanitaires, les circonstances affectant le contrat », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., 79. L'auteur évoque la conduite requise par la CCI au regard de sa jurisprudence, en exigeant de la victime qu'elle fasse preuve de bonne foi en prenant *des actions raisonnables pour atténuer les dommages exceptés,* même si par l'effet de la crise, il n'était plus capable de respecter ses obligations. ; Herline Idèle Silienou, « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du Covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2) o. cit., pp. 51 et s. ; Josiane Azangue, « Covid-19 et et exécution des contrats en droit OHADA », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., pp. 68 et s.

[166] Dans le cadre des contrats extractifs, et dans le sens de la revendication d'un esprit solidariste en face des clauses (clause de stabilisation excluant toute possibilité de modification) ou d'équilibre visant à limiter toute obligation à caractère solidariste en face d'une crise imprévue (comme celle provoquée par le covid-19), voir Maginnot Abanda Amanya et Anne Mbocke, « Contrats extractifs et covid-19 dans l'espace OHADA », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), pp. 82 et s. S'agissant des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises, et à propos de nouvelles modalités d'entente entre débiteur et créancier, Sara Nandjip Moneyang « La Covid 19 et la cessation des paiements », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 192 et s. Sur le renforcement des mesures de soutien aux débiteurs en difficultés, voir Jean Marius Tatsadong Tafempa, « La Covid-19 et la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 204.

[167] Voir par exemple au Cameroun le fonds spécial de solidarité contre le coronavirus créé le 31 mars 2019 par un communiqué du Premier ministre. Sur l'appel à la solidarité dans le cadre de la réparation des dommages, voir William Nyanda Mkamwa,op. cit., pp. 42 et s.

plusieurs domaines de la vie sociale sur le plan interne ou international[168]. Un auteur y a même précisé que la solidarité pouvait être obtenue dans le *contrat ou par le contrat*[169]. Cette orientation permet de considérer, selon Demogue, les rapports comme une sorte *de microcosme, c'est-à-dire une petite société où chacun doit travailler dans un but commun*[170], probablement dans un esprit de mutualisation des efforts ou en partageant les risques en faveur de ce but. Ce qui permet également de relever l'aspect communautaire ou collectiviste (africain) qui est tout aussi invoqué pour soutenir toute action législative allant dans le sens d'appréhender efficacement la crise du covid-19 depuis le stade du risque jusqu'au éventuelles effets, ceci dans une certaine proximité et avec la participation physique ou intellectuelle de tous les membres[171].

Cependant, il se trouve que dans le droit commun et dans de nombreux domaines spéciaux du droit, l'esprit solidariste n'est invoqué que de manière exceptionnelle[172]. Ceci peut s'expliquer par le fait que l'action législative ou les normes sur le plan interne s'appuie fondamentalement sur l'esprit individualiste des textes internationaux attachés à la protection, parfois sans limite, des « *droits individuels de l'Homme* »[173].

Il faut préciser au sujet de l'Afrique que, connecter un système solidariste et communautaire de par sa nature ou ses traits réels et à l'origine de sa constitution réelle (et non formelle), peut donc aboutir au triomphe des intérêts individuels de certains individus, au regard de leur position de

[168]Supiot Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Nouvelle édition [en ligne]. Paris : Collège de France, 2018 (généré le 13 avril 2018). Disponible sur Internet.

[169] Moustapha Mekki, « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in* Supiot Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, op. cit., pp. 158 et s.

[170] Philippe Remy, op. cit.

[171] Voir dans ce sens, Ange Joachim Menzepo « Analyse stratégique de la lutte contre la Covid-19 dans les Collectivités Territoriales Décentralisées au Cameroun : cas de la Commune de Dschang », Dossier spécial : la covid-19 et le droit, op. cit., pp. 460 et s.

[172] Voir en matière contractuelle, sur *les insuffisances de la transformation de la théorie générale* (individualiste) *par exception* Cathérine Thibierge-Guellucci, op. cit. p. 370. Voir en matière extracontractuelle, sur *le caractère exceptionnelle* de *la réparation par la solidarité*, (bien que l'individu qui est le véritable responsable n'est pas toujours solvable) William Nyanda Mkamwa,op. cit. pp. 43 et s.

[173] Voir sur ce point Timothée Fomegang « e droit international humanitaire à l'épreuve de la pandémie du Covid-19 », Dossier spécial : la covid-19 et le droit (partie 2), op. cit., pp. 499 et s.

pouvoir dans le système, sur ceux d'une collectivité vivant de solidarité. Ainsi, *la position de pouvoir* soutenue par l'idée une puissance publique centrale qui doit servir l'individualisme[174], *confèrera d'importantes prérogatives (faisant l'objet d'une conquête permanente et de conflits réguliers) aux individus tenant de cette puissance qui ont tendance à vouloir être l'unique centre de décision, sur les énormes fruits croissants de la solidarité et de l'action communautaire au plan politique ou économique et social*. Toute chose qui peut exacerber les conflits et les conquêtes de pouvoir en exposant à des déficits ou à des déséquilibres au sein du corps social, et à une fragilité face à une moindre crise, de sorte que toute intervention extérieure pour remédier à la situation faite sur la même base, risque d'être continuellement infructueuse. Il faut bien reconnaître que même si individualisme ne signifie pas égoïsme[175], deux principes contraires, en guise de base des normes, ne sauraient faire bon ménage dans un même environnement, si la complémentarité de l'individualisme à un solidarisme communautaire largement admis, n'est pas observé. *Ce qui empêchera de ce fait tout effort vers une vague quelconque d'évolution qu'aurait permis d'atteindre voire de dépasser l'action collective (solidaire et communautaire) de plusieurs véritables pôles coordonnés d'intervention complémentaire*, dans laquelle le corps social s'enracine et par laquelle la majorité des individus qui le compose vit habituellement en Afrique[176].

Conclusion :

Le milieu juridique, face au covid-19 ou à la crise qu'il a provoqué, présente, comme il est possible de le relever, un cadre étendu formellement de manière exceptionnelle au regard des formes particulières de mesures spécifiques (à la crise) qui émergent. Il se trouve même dans la contrainte de mettre en place des catégories nouvelles, que la crise oblige à consacrer. Tout ceci malgré les problèmes que ce nouveau cadre qui se dessine désormais, comme droit de la crise, peut provoquer. Toute chose qui

[174]Antoine Siffert, *Libéralisme et service publique*, Th. De doc., Université du Havre, 2015, p.212

[175]Ibid., p. 209.

[176] Les réseaux communautaires de solidarité sont effectivement nombreux, palpables et couvrent plusieurs domaines (social avec les groupements familiaux élargies de parenté, de quartier, de village, de tribus,… ou économique avec les tontines, les mutuelles, les caisses de toutes sortes entre professionnels d'un secteur d'activité, d'une localité…) en Afrique. Sur des exemples de ces réseaux, lire Marie Yvonne Charmillot, op. cit.

montre qu'il n'était pas suffisamment préparé, et qu'il fait preuve d'une défaillance : la défaillance d'une orientation préalable de la manière d'appréhender la crise. Elle devrait pourtant mieux s'armer ou préparer sa défense face à des formes émergentes de phénomènes. Ce qui ne signifie pas qu'elle devrait aveuglément arrimer ses normes à celles d'un milieu extérieur, mais, choisir celles qui se présentent comme les plus adéquates. Dans cette dynamique, les bases sur lesquelles l'action législative, c'est-à-dire les normes, devrait reposer, afin d'avoir un droit qui n'a pas tendance à proposer des solutions complexes et difficiles à implémenter, doivent être les plus appropriées.

L'intérêt social en droit des sociétés : étude d'une notion flottante

Maroua Belmeddah
Doctorante en droit public à la FSJES-Oujda

Introduction

L'intérêt social constitue une notion fondamentale du droit des sociétés, pourtant, un réel flou l'entoure, au même titre que l'ordre public, il existe autant de définitions que d'auteurs , il s'agit en définitive du *« sort habituel d'un standard juridique pour lequel les applications sont clairement identifiées tandis que la notion semble obscure »*[1]*, à cet effet ,*le débat sur l'intérêt social reste plus courant dans les prétoires qu'au sein des sociétés, ce concept imprécis, et souvent utilisé par les tribunaux tant en matière civile qu'en matière pénale,[2] n'est défini par aucun texte législatif marocain, de même en droit français, ni le Code civil ni le code de commerce ne l'ont défini, même après la référence explicite qui a été ajoutée par la loi du 22 mai 2019, dite la loi pacte [3] et c'est *《cette imprécision qui constitue sans doute l'une des forces du critère.》* [4]

En l'absence d'une définition spécifique déterminée par la loi, cerner cette notion n'est pas une tâche facile, certes elle reste moins évoquée dans les textes par rapport à l'ampleur de la règlementation des sociétés commerciales, mais le législateur, a fait référence à la notion dans pas mal de situations, il préfère de ce fait laisser la tâche de la détermination de la notion à la doctrine et à la jurisprudence en vue de lui donner une grande flexibilité au niveau de l'application.[5]

---

[1] Gauthier LE NOACH, le statutaire et l'extra statutaire en droit des sociétés, Ed.Dalloz, Paris,2020,p.43.
[2] Pascal DURANT BARTHEZ, Le guide de la gouvernance des sociétés, Ed. Dalloz, Paris,2020, p.545.
[3] Ibid., p.542.
[4] Philippe MERLE et al, Sociétés commerciales, Ed. Dalloz, paris,2021, p.90.
[5] Said ES SAKALI, les conflits d'intérêt dans les sociétés commerciales, Ed. dar assalam, Rabat, 2019, p.230.

La question de la définition de l'intérêt social se pose avec acuité dans le sens où la jurisprudence ne cesse d'élargir son domaine d'application, en effet les magistrats font référence à l'intérêt social bien au-delà de l'hypothèse où celui-ci est évoqué expressément dans les textes de loi pour l'utiliser dans des domaines variés[6] ,si l'absence d'une définition légale de l'intérêt social a été à l'origine d'un ancien débat doctrinal et jurisprudentiel , la controverse a été relancée une nouvelle fois avec l'apparition de la notion du gouvernement d'entreprise durant les années 1980.

La problématique abordée par la présente étude est de savoir si l'intérêt social serait celui des associés ou celui de la société autant que personne morale ? Ou bien encore celui de l'entreprise qui englobe à la fois les intérêts des associés de la société ainsi que toutes les autres parties prenantes (État, créancier, banque salarié ...) ?

De telles controverses ont fait remonter le besoin de déterminer la notion ainsi que sa fonctionnalité étant donné que l'intérêt social est considéré comme un impératif de conduite sociale.

Il conviendra alors dans un premier temps de traiter l'absence de définition législative de l'intérêt social et l'adoption d'une vision large du concept **(I),** afin d'analyser en second les différents aspects de la contrariété à l'intérêt social **(II).**

I- Absence de définition législative et adoption d'une vision large du concept de l'intérêt social

L'intérêt social a toujours été un concept clé du droit des sociétés, bien que la loi ne le vise que rarement et sans lui de donner de définition, la jurisprudence ainsi que la doctrine l'ont visé dans de nombreuses situations, y compris en droit des sociétés, en droit financier, en droit pénal et particulièrement pour trancher sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, et pour déterminer la faute de gestion afin de sanctionner tout dépassement et apprécier la révocation des dirigeants de la société, ainsi, on traitera dans un premier axe l'adoption d'une connotation extensible et l'élaboration d'une théorie classique de l'intérêt social **(A),** un second axe se focalisera sur l'adoption d'une théorie institutionnelle de l'intérêt social et confusion du concept avec d'autres notions voisines **(B)**

[6] Ibid.p.231.

A -Adoption d'une connotation extensible et l'élaboration d'une théorie classique de l'intérêt social

1 - Inexistence de définition législative de l'intérêt social, adoption d'une définition prétorienne

l'intérêt social est *« un standard de référence pour la bonne conduite sociale »* non seulement pour les dirigeants sociaux, mais également pour les associés , il forme de ce fait un « *indice de référence »* qui sert à donner au juge une solution convenable au conflit d'intérêts.[7]

Les tribunaux en pratique, maintiennent toujours une certaine réserve dans la définition de l'intérêt social, ils lui accordent à cet effet une connotation extensible, afin qu'il puisse englober toutes les situations possibles du conflit d'intérêts.

Cependant, on ne trouve pas proprement d'arrêts de principe donnant une définition précise au concept, d'ailleurs, on ne rencontre que peu de définitions jurisprudentielles qui donnent désormais lieu à des débats doctrinaux, pour ce faire la doctrine semble se consentir à affirmer que 《*l'intérêt social est un standard , un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments de la société , c'est un impératif de conduite , en clair de boussole qui indique la marche à suivre »*[8]

L'intérêt social joue un rôle considérable dans la résolution des conflits d'intérêts, c'est là où réside la particularité de la détermination de la notion en question.

Malgré que cette notion a été mentionnée par le législateur dans le dahir des obligations et contrats, elle reste incomplète, voire même archaïque, vu les évolutions juridiques actuelles.

A ce titre, les disposions de l'article 1023 et 1026 du DOC, se contentent de déterminer les pouvoirs classiques des dirigeants et des administrateurs, dans leur rapport avec les associés, le législateur a évoqué à cet effet la notion *« de but de la société* » pour fixer les pouvoirs des dirigeants sociaux quand ils ne sont pas déterminés par les statuts, ou les actes séparés à

[7] Said ES SAKALI, Op.cit,p.230.
[8] Idem.

travers lesquels ces dirigeants ont été désignés. Or, cette notion de pouvoir ne s'accorde pas aujourd'hui avec l'organisation actuelle des sociétés,[9]

Selon les dispositions de l'article 982 du DOC, la société est *« un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leur bien ou leur travail ou tous les deux à la fois en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ».

On peut constater à travers cette définition que le but de la société est le partage de bénéfice qui ressort de la mise en commun des biens et des travaux par la société, toutefois, ce but n'équivaut aucunement à la notion de l'intérêt social, connue actuellement.

Bien que « le but de la société » est pris en considération pour la détermination de l'intérêt social, mais en réalité il est impossible que les deux concepts soient synonymes l'un de l'autre, c'est ainsi que certains auteurs estiment que *«toute décision sociale doit être dictée par la volonté de préserver la vocation de chaque associé au partage des résultats financiers de la société »,* de ce fait, on peut déduire que la notion d'intérêt social d'origine jurisprudentielle n'est pas sans rapport avec la finalité intéressée de la société .[10]

Le législateur marocain se contente de citer cette notion que dans des cas trop restreints par la loi, elle est prise expressément en considération par la loi, notamment :

-pour l'arbitrage du tribunal lorsque les associés diffèrent quant à la décision à prendre (art. 1021, al. 3);

-pour le remboursement aux administrateurs des frais de voyage et de déplacement (L 17-95, art. 55, al. 3);

-dans l'appréciation de la validité des conventions de vote conclues pour le contrôle d'une société (L 17-95, art 144);

-pour la constitution du délit d'abus de biens ou du crédit de la société et d'abus de pouvoir (L. 5-96, art. 107-3 et art 107-4 et L 17-95, art. 384-3 et art. 384-4 et 423-1) ;

[9] ibid.p.232
[10] Said ES SAKALI, Op.cit,p.233.

-pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire
à l'égard des dirigeants (C.C., art. 740).[11]

La loi 5-96 prévoit que le gérant ou tout associé peut accomplir tous les actes de gestion seulement dans l'intérêt de la société (art.7, al.1 et art. 63, al. 1).

Cette notion se retrouve également en droit du travail, par exemple pour justifier des autorisations au licenciement[12]

De ce fait, cette notion a toujours été controversée en doctrine, par absence de définition, plusieurs conceptions ont été proposées, dont on peut en distinguer trois courants divisés sur sa détermination, essentiellement :

- Selon certains doctrinaux, l'intérêt social est compris comme l'intérêt correspondant à la somme des **intérêts particuliers des associés** on parle alors de l'intérêt **commun des associés (théorie classique)**

- D'autres estiment que l'intérêt social inclut non seulement l'intérêt des associés, mais aussi celui des parties prenantes notamment les salariés et tous les cocontractants de la société, il s'agit à cet effet des **intérêts de l'entreprise** exploitée par la société.

- Enfin, d'autres auteurs considèrent que la société en tant que **personne morale** a son propre intérêt distinct de celui des associés, et ne tient pas compte de l'intérêt des tiers ou l'intérêt général (théorie institutionnelle)

- Un quatrième courant a été ajouté par la loi française , depuis la loi pacte on parle d'un « **intérêt social élargi** » qui englobe les enjeux sociaux et environnementaux[13].

2- Théorie classique de l'intérêt social : l'intérêt commun des associés

Le professeur SCHMIDT est le principal fondateur de ce courant, ainsi, en adoptant un sens restreint, l'école classique considère que l'intérêt social est l'intérêt commun des associés, en d'autres termes, l'intérêt social n'est

[11] Mohamed EL MERNISSI, Traité marocain de droit des sociétés, Ed. Lexisnexis, paris,2019, p.69.
[12] Pascal DURANT BARTHEZ, Op. cit., p.542.
[13] Agnès DUBOIS DE LUZY, droit des sociétés, Ed.Elipses,paris,2020 ,p.30.

enfin de compte que l'incarnation de l'ensemble des intérêts des associés, qui sont tous couronnés par un intérêt supérieur appelé intérêt commun, [14]

la théorie classique de l'intérêt social demeure intimement liée à la conception contractuelle de la société, cela signifie que les associés confondront entre leur propre intérêt, et l'intérêt social lors de la création d'une société sur la base d'un contrat juridique .[15]

L'intérêt commun suppose l'égalité des associés, à ce titre, chaque associé participe à l'enrichissement social proportionnellement à ses droits individuels au sein de la société, par conséquent, contrairement à la loi marocaine, la loi pacte traite explicitement l'intérêt social, et précise dans l'alinéa premier de l'article 1833 que la société doit être constituée dans **l'intérêt commun des** associés[16]

La transgression de **l'intérêt commun** doit selon les partisans du renouveau de ce concept être sanctionnée plus facilement que l'abus de majorité conformément à l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil qui permet de « *prononcer la nullité des actes ou délibération pour violation d'une disposition impérative du présent titre »*[17]

La loi pacte a inséré un nouvel alinéa à l'article 1833 du Code civil , ainsi rédigé *« la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » cette même exigence en ce qui concerne la gestion des sociétés anonymes est posée par la nouvelle rédaction des articles L.225-35 et L.225-64 du code de commerce.

A cet égard, les dirigeants sont non seulement contraint de conduire les affaires de la société au regard de son intérêt social (qui reste une notion floue et non définie), mais aussi des enjeux sociaux et environnementaux,[18] cette nouvelle notion extensible d' intérêt social et mentionné dans le 2ême alinéa du Code civil français, s'impose à toutes les sociétés , le texte est d'ordre public, il a cependant évincé tout risque de nullité en cas de violation des nouvelles dispositions(c.civ article 1844 -10 L .235-1 alinéa 2),

[14] Said ES SAKALI, Op.cit,p.235.
[15] Ibid.p.236.
[16] Philippe MERLE et al, Op.cit., p.90.
[17] Idem
[18] Jean PARTICE et al., liber amicorum, Ed.dalloz, paris,2021, p.619.

mais le cas échéant la responsabilité civile des dirigeants pourra être engagée ainsi que la révocation qui sera décidée par juste motif.

De ce fait, cette dernière exigence des *« enjeux sociaux et environnementaux »* reste inexistante en droit des sociétés marocain, en outre, on ne trouve pas non plus grand nombre de décisions judiciaires comportant distinction entre l'intérêt social et intérêt des actionnaires ou plus précisément des associés, on cite à ce titre, l'arrêt Friehauf qui remonte du 22 mai 1965,[19] il existe néanmoins des situations où l'intérêt de la société et celui de l'actionnaire majoritaire sont semblables[20],cette contradiction est résolue sur le plan doctrinal parfois en évoquant l'objet du contrat de société, qui est de garantir la prospérité de celle-ci, pendant toute la durée du contrat, qui est non seulement une durée déterminée, mais aussi longue, et on ne peut mettre un terme à cet objet que par la dissolution de la société, cette approche a été critiquée par le professeur Dominique shmit qui estime que l'intérêt commun des actionnaires et l'intérêt social sont les mêmes.[21]

L'assemblée générale reste l'autorité de dernier ressort en ce qui concerne les grandes lignes de la stratégie (fixation du ratio fond propre/ dette politique d'affectation du résultat nomination et révocation du conseil et indirectement du directoire), même si les compétences juridiques de l'Assemblée ont des limites, et s'il revient au conseil d'administration et au Directoire de déterminer les orientations de l'activité de la société,[22] la question qui se pose à ce titre est de savoir en fonction de quel intérêt exerce-t-elle cette autorité suprême? Celui des seuls associés ou bien d'un intérêt social qui comporte celui des autres parties prenantes de la société?

On trouve ces mêmes interrogations au pays anglo-saxon où certains auteurs précisent que *« l'actionnaire n'est pas plus prioritaire de l'entreprise que le parieur du Derby depsom n'est propriétaire du cheval 》* elles amènent aussi à rechercher une définition des devoirs des actionnaires qui serait la contrepartie de leur droit.[23]

---

[19] Cour d'appel de Paris,arrêt du 22 mai 1965, n°9999 ,cf. Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,P.543.
[20] Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,P.543.
[21] Ibid, p.544.
[22] Ibid,p.539.
[23] Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,p.539.

Il faut signaler que tous les droits des sociétés, comportent sous une forme ou une autre cette obligation de poursuivre l'intérêt de tous les associés et non pas seulement celui des seuls majoritaires, à cet effet la loi anglaise dispose que les administrateurs qui ont tous les pouvoirs pour diriger la société doivent agir 《*to promote the succes of the company for the benefit of its members as a whole*》 .

Dans la pesée des intérêts en présence , le juge rencontrera assurément des intérêts paradoxaux , spécialement les intérêts des associés ,sans pour autant que cela ait un caractère absolu ,une bonne illustration a été donnée par l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui précise « *qu'une répartition des bénéfices inégalitaire favorisant en l'occurrence les associés minoritaires au détriment des associés majoritaires peut être prise dans l'intérêt social et ne caractériser aucun abus de majorité »*[24]

En se basant sur ce courant, *« l'intérêt social a le risque de freiner le développement de l'intérêt social risque de constituer un frein au fonctionnement au développement des sociétés, ce risque découle du fait que non seulement cette acception d'intérêt sociale rend difficile la mise en réserve des bénéfices sociaux, mais également elle fragilise la répartition du pouvoir social et donne moins d'importance au futur de toute l'entité socioéconomique »*[25]

B- adoption d'une théorie institutionnelle de l'intérêt social et confusion du concept avec d'autres notions voisines

1- Intérêt de la personne morale ou de l'entreprise

Le propre intérêt d'une entité réside soit de l'intérêt de la personne morale, soit de celui de l'entreprise, de ce fait, il est avantageux de les différencier, attendu que les répercussions de chaque conception différent, dans notre cas il s'agit de l'intérêt propre de la société , à cet effet , le professeur Monsalier souligne que « *il ne se confond pas avec l'intérêt des associés qu'ils soient majoritaires ou minoritaires, la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés »*[26]

[24]Cour de cassation, chambre civile, arrêt du 18 avril 2019, cf. Agnès DUBOIS DE LUZY ,Op.Cit.,p.31.
[25] Said ES SAKALI, Op.cit,p.237.
[26] Said ES SAKALI, Op.cit,p.,p.239.

La doctrine s'accorde généralement à admettre que l'intérêt de la société et l'intérêt social ne portent pas confusion, tout en se basant sur deux théories différentes l'une économique et l'autre juridique à savoir : l'intérêt de la personne morale ou l'intérêt de l'entreprise [27] l'intérêt social se confond avec l'intérêt de l'entreprise dans sa considération économique la plus large,[28] certains auteurs soutiennent que l'intérêt social **est l'intérêt de l'entreprise**, en d'autres termes, il ne comprend pas uniquement l'intérêt des associés, mais également celui des salariés , des créanciers des clients voire de l'État, d'autres considèrent que l'intérêt social doit se comprendre comme ***l'intérêt propre de la société*** celle-ci est créée dans l'intérêt des associés, qui prévoient une création de richesse et tout particulièrement dans les sociétés par actions ,une optimisation de la valeur de leurs titres.[29] L'intérêt social peut de ce fait se définir comme *« **l'intérêt supérieur de la personne morale** elle-même , c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome poursuivant des fins propres distinctes notamment de celle de ses actionnaires , de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à **leur intérêt général commun** qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise*. »[30]

À cet égard, il est impossible d'imaginer un intérêt propre à la personne morale sans se référer à la conception de l'entreprise, en effet « la société n'est qu'une technique juridique d'organisation de l'entreprise ; or une simple technique ne peut avoir une personnalité ce qui fait que l'intérêt social doit s'identifier à celui de l'entreprise »[31]

le professeur **paillusseau** précise *« que l'intérêt social ne serait rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise qui tendrait à assurer sa prospérité et sa continuité »* [32]

Le choix entre les deux conceptions agit forcément sur le mode de gouvernance de la société, et sur le fait de savoir qui des dirigeants ou de l'assemblée des associés fixe l'intérêt social, il se complique à partir du moment où on se trouve en présence d'un groupe: Y a-t-il un intérêt social

[27] Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,P.545.
[28] Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.69.
[29] PhilippeMERLE et al., Op.Cit.,p.87.
[30] Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,P.545.
[31] Said ES SAKALI, Op.cit,p.240.
[32] Ibid.p.242.

du groupe qui doivent l'emporter sur l'intérêt de telle ou telle filiale, on ne peut négliger que les organes sociaux doivent toujours agir dans l'intérêt de la société.[33]

Cette rivalité se trouve de façon plus courante dans une notion que le droit des sociétés ne reconnait pas d'existence comme telle, il s'agit notamment de *« la gestion des groupes* » l'intérêt d'une filiale considérée comme une personne morale indépendante peut être différent de l'intérêt de la société mère ou de la société sœur, de sorte que toute opération la défavorisant au profit de ces dernières sans contrepartie peut constituer un abus de biens sociaux , la hiérarchisation des intérêts à l'intérieur des groupes parait inévitables[34]

En pratique, les juridictions rencontrent ce problème pour rechercher de « juste motif ». Notamment en cas de révocation d'administrateurs, ou en cas de demande d'expertise ou de nomination d'un administrateur provisoire en cas de désaccords entre associés et dirigeants.[35]

Dans l'absence d'une définition claire et précise en droit marocain, l'intérêt social parait être celui de la personne morale, ce qui renvoie à la théorie institutionnalisée de la notion, à cet égard, le législateur a soutenu une grande partie de la doctrine, en faisant référence à une théorie moderne de l'intérêt social ,à travers certains textes de loi notamment l'article 384-3 et 4 de la loi 17-95 disposent *« seront punis d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 100.000 à*

1 00 000 dH ou de l'une de ces deux peines seulement les membres des organes d'administrations , de direction ou de gestion d'une société anonyme…. 4) qui de mauvaise foi auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient / ou des voix dont ils disposaient en cette qualité, un usage qu'ils s'avaient contraire aux intérêts économiques de la société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement »

nonobstant sa vocation réaliste et pluridimensionnelle , ce courant a subi également de vives critiques,[36] dans le sens où la théorie de l'intérêt de

[33] PhilippeMERLE et al., Op.Cit.,p.88.
[34] Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,P.544.
[35] Ibid.P.545.
[36] Said ES SAKALI, Op.cit,p.243.

l'entreprise octroi une place abondante aux dirigeants et leur pouvoir au préjudice des associés en ce sens que l'intérêt social de l'entreprise pourrait *« être le moyen d'une confiscation du pouvoir au profit d'une petite oligarchie de dirigeants* »souligne le doyen **Dairgre,** en plus cette théorie néglige les intérêts des associés, or sans associés il n'y aurait ni entreprise ni société. [37]

De manière exceptionnelle , la Cour de cassation tient occasionnellement aussi en compte *l'intérêt du groupe* et non le seul intérêt isolé de la société , afin d'approuver certaines opérations notamment le délit des biens sociaux[38]

2 -Confusion de l'intérêt social avec d'autres Notions voisines

l'intérêt social porte confusion avec de nombreuses notions voisines, on traitera essentiellement : la Raison d'être et l'objet social.

Pour ce qui est de ***la raison d'être*** , il s'agit d'une autre nouvelle notion inexistante en droit marocain et instauré par le législateur français est sujet de confusion avec l'intérêt social, il s'agit à cet effet de « la raison d'être » qui est un concept tout à fait distinct de l'intérêt social et qui ne peut se substituer à l'objet social, de ce fait ,en plus de la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société, l'article 1835 du Code civil français et complété par la loi pacte dispose que les « statuts peuvent préciser à titre facultatif ***une raison d'être*** *constituée dont les principes de la société se dotent et pour le respect desquels elle entend affecter les moyens dans la réalisation de son activité »* ainsi la société peut dès lors choisir de se donner une raison d'être[39], toutefois, aucune sanction n'est explicitement prévue en cas de non-respect de cette « raison d'être » qui à son tour reste une notion flottante et floue, néanmoins une action en responsabilité contre les dirigeants peut être engagée à tout moment, pareillement leur révocation.[40]

En plus de son but qui est toujours lucratif et de son objectif, la société peut adopter des principes facultatifs comme guide pour mener à bien ses activités dans le futur, dans le respect naturellement de l'intérêt social. Les

[37] Ibid.,p.244.
[38] Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 4 février 1985,cf.Jean PARTICE et al,Op.Cit.p.619.
[39] Véronique MAGNIER,Droit des société,Ed.dalloz.paris,2019 ,p.29.
[40] PhilippeMERLE et al, Op.Cit.,p.92.

statuts de la société doivent comporter ces principes et des moyens doivent s'adopter pour assurer leur respect, ces normes de conduite devraient s'appliquer à toutes les personnes morales, en particulier les dirigeants.[41]

Intérêt social et objet social

L'intérêt social est une notion différente de l'objet social qui définit l'activité de la société déterminée par les statuts, et délimite sa capacité et les pouvoirs ou la compétence des organes sociaux (sous réserve des dispositions particulières protégeant les tiers). Par conséquent, un acte peut être conforme à l'objet social de par sa nature, mais contraire à l'intérêt social, s'il s'avère au moment de sa conclusion préjudiciable à la société.[42]

Prenant en compte l'intérêt propre de la personne morale ,semble avoir les faveurs de la jurisprudence contemporaine.[43]

II- Finalités et fonctions de l'intérêt social

Le phénomène de la ***corporate governance*** permet de concrétiser la notion d'intérêt social dans les relations entre la société et ses associés ,c'est entre la société et ses dirigeants,44 et c'est à l'instar de l'intérêt social que l'abus de la majorité, l'abus de la minorité, l'abus d'égalité et l'abus de biens sociaux seront désormais appréciés et sanctionnés le cas échéant.45 Cela signifie que si un dirigeant commet un acte contraire à l'intérêt social, sa responsabilité sera automatiquement engagée envers la société pour faute de gestion, mais une telle contrariété ne constitue pas en elle-même la nullité des obligations du gérant envers les tiers.

De ce fait de nombreuses interprétations jurisprudentielles d'aujourd'hui font appel à ce concept, c'est la jurisprudence qui caractérise la contrariété ou non-conformité à l'intérêt social[46], cependant, on traitera en premier temps différents aspects de la contrariété à l'intérêt social**(A)**,et dans un second, principales formes d'atteinte à l'intérêt social**(B).**

[41] Véronique MAGNIER,Op. cit.,p.29.
[42] Jean PARTICE et al ,Op.cit.,p.618.
[43] idem
[44] Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.69.
[45] Idem
[46] Agnès DUBOIS DE LUZY ,Op.Cit.,p.31

A- différents aspects de la contrariété à l'intérêt social

1- Délits contraires à l'intérêt social et réprimés par la loi 17-95

C'est principalement le délit **d'abus des biens sociaux** qui est le plus répondu dans les infractions contraires à l'intérêt social, il est de ce fait le plus susceptible d'entrainer des poursuites, l'article 384-3 punit de 1 à 6 mois d'emprisonnement et/ou d'amende de 100 000 à 1 million de dirhams les dirigeants qui utilisent de mauvaise foi les biens ou des crédits de la société à des fins qu'ils savent contraires aux intérêts économiques de la société, il s'agit des fins personnelles pour promouvoir une autre société ou activité dans laquelle ils sont directement ou indirectement intéressés.[47]

Les éléments constitutifs de **l'abus des biens sociaux** sont au nombre de quatre dont on cite essentiellement

- **l'utilisation des biens de l'entreprise**, l'utilisation abusive comprend toutes les utilisations possibles des biens de l'entreprise par les dirigeants, principalement les actes de disposition,

cela n'inclut pas nécessairement la réalisation d'un acte positif, une abstention volontaire peut constituer un usage, dès lors, le fait que le dirigeant n'exige pas volontairement le paiement des dettes de la société à des fins personnelles peut être considéré comme un abus des biens sociaux.[48]

- **Utilisations contraires aux intérêts économiques de la société.** L'utilisation doit porter atteinte au patrimoine social, et se retrouve appauvrie de façon permanente ou temporaire, même si le dirigeant restitue l'argent qu'il a indument perçu ou indemnise la société pour l'utilisation faite aux biens de la société.

Dans le contexte de célèbres affaires politiques en France , la question qui s'est posée est de savoir si un acte illégal est contraire à l'intérêt de la société. Il s'agit des pratiques de corruption menées par les dirigeants afin d'obtenir des avantages en faveur de leur société (commandes, contrats, avantages fiscaux, travail fictif) en apparence, ces agissements n'ont non seulement pas violé les intérêts de la société , mais se sont également développés dans le sens de l'intérêt social, la jurisprudence française, a

[47] Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.533.

[48] Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 15 mars 1972, cf. Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.533.

estimé dans deux célèbres affaires , que l'utilisation de fonds sociaux pour commettre un délit de corruption et d'autres actes illégaux est contraire aux intérêts sociaux par ce qu'ils exposent l'entreprise à des risques anormaux de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants, et portent préjudice à ses crédits ou réputation. Cette position intransigeante équivaut à dire que l'intérêt social doit être licite.[49]

Abus de pouvoir. C'est l'utilisation des pouvoirs accordés aux dirigeants d'entreprise par les lois ou les statuts pour violer les intérêts sociaux, comme approuver les accords conclus à des conditions léonines et fermer les yeux sur les dettes des clients....[50]

En plus des sanctions pour ces abus, l'intérêt social peut nécessiter l'intervention des juges. Une telle intervention peut donner lieu à la nomination d'un administrateur provisoire d'un séquestre ou d'un expert en gestion, afin d'obtenir la nomination d'un administrateur provisoire, il est obligatoire que l'intérêt social soit mis en danger, de manière imminente. La désignation d'un administrateur provisoire est une procédure exceptionnelle qui suppose la présence de preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent. [51]

La contrariété à l'intérêt social a aussi un aspect fiscal, il s'agit de l'acte anormal de gestion, le juge et l'administration fiscale n'ont pas le droit de s'immiscer dans la gestion de la société en ce qui concerne la vérification des décisions fiscales prises au sein de celle-ci ,

Plus précisément, constitue un acte anormal de gestion *《celui qui met une dépense ou une partie de la charge de l'entreprise ou qui prive cette dernière d'une recette sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale*》 son existence étant appréciée 《au regard du seul intérêt propre de l'entreprise》 ainsi en la matière , le droit des sociétés et le droit fiscal peuvent-ils se regrouper,[52]

---

[49] Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 6 février 1997, cf. Mohamed EL MERNISSI,Op. Cit.,p. 534.

[50] Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.,p.535.

[51] Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 6 février 2007; cour de cassation, chambre sociale, arrêt du 23 octobre 2012,cf.Agnès DUBOIS DE LUZY ,Op.Cit.,p.32.

[52] PhilippeMERLE et al, Op.Cit.,p.89.

Mais l'arme préférée de l'administration fiscale demeure toujours l'abus de droit, ce dernier sanctionne 2 types d'agissements d'un côté ceux présentant un caractère illusoire , d'un autre côté ceux qui souhaitent bénéficier de l'application d'une loi contre leur objectif des objectifs poursuivis par leurs auteurs, inspirés par la seule raison d'éviter ouderéduire la charge fiscalenormalement supportée par l'in téressé, compte tenu de sa situation ou de ses activités réelles.

Contrairement à l'acte anormal inspiré par l'intérêt étranger à celui de la société, l'abus de droit est bien inspiré par cet intérêt avec la particularité qu'il s'agit d'un intérêt purement fiscal.

2- application aux garanties de la dette d'un tiers consenties par une société

La jurisprudence prononce la nullité du contrat contraire à l'intérêt social à titre particulier dans "les garanties consenties par la société", ce point est controversé en doctrine et prête sujet de discussion.

En France, depuis une quinzaine d'années, la Cour de cassation a établi un système spécifique en vue d'apprécier la garantie de la dette d'un tiers consentie par une société au regard de sa non-conformité à l'intérêt social ,cette exigence est apparue pour la première fois dans des arrêts non publiés au bulletin civil. cette contrariété concerne aussi bien les sociétés anonymes que les sociétés à responsabilité limitée, elle a en plus été plus nettement affirmée par un arrêt de la troisième chambre civile du 12 septembre 2012, puis par un arrêt très remarqué de la chambre commerciale du 23 septembre 2014[53]

Les arrêts susmentionnés, concernent les garanties constituées par les dirigeants d'une société civile immobilière et engageant son seul bien immobilier, le premier arrêt de la cour d'appel avait jugé inefficaces les critiques relatives à l'intérêt social au visa l'article 1849 du Code civil français, en exprimant que *« le cautionnement même accordé par le consentement unanime des associés n'est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social »*

[53] Cour de cassation, troisième chambre civile, arrêt du 12 septembre 2012, n°11-17948 ;cour de cassation,chambre commerciale, arrêt du 23septembre 2014, n° 13-17.347, cf. Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.620.

Le second a fait l'objet d'une cour d'appel après avoir annulé la garantie hypothécaire litigieuse en jugeant , que « *n'est pas valide la sureté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société , elle est contraire à l'intérêt social qu'il en est ainsi même dans le cas où un tel acte entre dans son objet statutaire ; qu'ayant constaté ,par motifs propres et adoptés ,que l'immeuble donné en garantie d'un prêt consenti par la caisse à M.X constituait le seul bien de la SCI , de sorte que cette dernière ,qui ne tirait aucun avantage de son engagement , mettait en jeu son existence même , la cour d'appel a statué à bon droit* »[54]

Le ratio decidendi consiste au fait où lorsqu'une garantie de la dette d'un tiers expose l'entreprise à des risques qui menacent son existence, où même sa continuité, doit procurer directement ou indirectement des avantages pour son activité, en d'autres termes, la garantie fournie par la société au tiers doit entrainer et inclure une certaine forme de considération pour ses intérêts.

Enfin, la première chambre civile de la Cour de cassation a adhéré à ce contrôle de garanties sous l'angle de l'intérêt social et retient la nullité "" (au terme d'un arrêt rendu le 18 octobre 2017.) [55]du cautionnement avec affectation hypothécaire liée au bien de la société consentie par une société civile au titre de la dette personnelle de l'associé, même si la caution a été autorisée à l'unanimité des associés en assemblée (cautionnement avec affectation hypothécaire du seul bien de la société).[56]

Ce même arrêt exprime pour la première fois que cette nullité dispose d'un caractère absolu ,cette allégation a été contestée au regard du contrat jurisprudentiel qui détermine de longue date le caractère de la nullité au regard du critère tiré de la finalité de la règle transgressée , clairement posé désormais par le nouvel article 1197 du Code civil ,la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ;elle est relative lorsque la règle a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.

[54] Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.620.
[55] Cour de cassation, première chambre civile, arrêt du 18 octobre 2017, n°16-17.184,cf., Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.
[56] Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.

Ces arrêts font distinction entre la non-conformité de l'intérêt social à l'objet social et la non –contrariété de l'intérêt social, et s'associent affirmativement à la conception institutionnelle de la société, qui incite à spécifier « la non-contrariété de l'acte » (plutôt que sa conformité, ce qui constitue une dissimilitude assez exigeante) à l'intérêt social, en se fondant sur l'intérêt propre de la personne morale, indépendamment du seul intérêt des associés , cette jurisprudence mérite de palier l'inexistence des dispositions qui interdisent ou encadrent l'octroi de ces garanties pour la dette d'un tiers au sein des sociétés de personnes , elle a toutefois été controversée, et plus particulièrement lorsque l'acte rejeté a été consenti par l'unanimité des associés et que la société « *sollicite néanmoins l'anéantissement de son engagement en malmenant la sécurité des transactions et du crédit. »*

La chambre commerciale n'a pas été indifférente face à ces critiques, par ce qu'elle a évincé l'application de la nullité pour les sociétés à responsabilité limitée soumises aux directives européennes qui assurent la protection des tiers en cas de transgression de l'objet social[57] , dans un arrêt du 12 mai 2015, à propos d'une SARL qu'il ressortait des dispositions de l'article L .223-18 du code de commerce« lesquels doivent être mis en œuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 209/101CE du parlement européen et du conseil du 16 septembre 2009 ayant codifié la première directive 68/151/CEE du conseil ,du 9mars 1968 que serait-elle établie la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas par elle-même une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers »

Cette solution n'est pas bien fondée, puisqu'elle confond entre l'objet social et l'intérêt social, ce dernier dépend du détournement de pouvoir qui est dès lors sanctionné par l'article 1157

Ce texte a tendance à s'appliquer au détournent de pouvoir commis par le dirigeant d'une société, néanmoins lorsque le contrat est conclu entre la société et un professionnel, celui-ci peut rarement méconnaitre le dépassement de pouvoir ou le détournement constitué par l'acte, comme démontre l'arrêt suivant ,il s'agit d'un arrêt (non publié au bulletin civil) de

[57] Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.,p.622.

la chambre commerciale du 14 février 2018,[58]d'une affaire relative au cautionnement ,appuyé par une cession de créances du compte client,à concurrence du montant garantit, approuvé par une SAS pour couvrir les dettes d'une autre société du même groupe, vis avis un fournisseur, la haute juridiction a écarté le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui a annulé la garantie pour cause de sa contrariété à l'intérêt social en plus de sa nature préjudiciable à la société puisqu'elle la privait de la quasi-totalité de son actif circulant, et formait ainsi une véritable transgression de l'objet social, dont le créancier était conscient dans ce cas particulier.

La nullité de la garantie peut dès lors être soulignée, en unissant la contrariété à l'intérêt social avec le dépassement de l'objet social ,du créancier, et cela malgré la communauté d'intérêts entre la société garante et la société garantie [59]

De 2015 à 2018, la chambre commerciale a explicitement abandonné à sanctionner la contrariété de la garantie à l'intérêt social dans les sociétés à risque limité.

Dans les arrêts susmentionnés, la chambre commerciale emploie une expression dans les sociétés à risque limité (comme la SARL ou la SAS) *« la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas ,par elle-même une cause de nullité des engagements souscrits « par le dirigeant » .En d'autres termes ,si la seule contrariété de l'acte à l'intérêt social ne permet pas en soi d'en prononcer la nullité , cette sanction pourrait encore s'appliquer si d'autres éléments pouvaient s'ajouter à ce constat »*[60]

B- principales formes d'atteinte à l'intérêt social

1- Abus de majorité

la société fonctionne conformément au principe majoritaire ,de ce fait, l'article 109 de la loi 17-95 dispose que *« les décisions des assemblées générales s'imposent à tous, même aux absents incapables »*. Selon cette règle, les décisions sociales s'appliquent à tous, inclusivement aux associés opposants et privés du droit de vote, ainsi suivant certains auteurs *« c'est comme dans une démocratie les décisions se prennent à la majorité devant*

[58] Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 14 février 2018, cf. Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.,p.623.
[59]Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.,p.623.
[60] Ibid,p.624.

laquelle la minorité doit s'incliner c'est un gage d'efficacité par rapport au droit commun des contrats et de l'indivision lequel ne connait que la règle de l'unanimité. »

Le droit de vote est attribué à l'associé en vue de l'exercer dans l'intérêt social et non pas à des fins personnelles et égoïstes, en effet si le droit des sociétés commerciales est dirigé par le principe majoritaire et la liberté d'exercice du droit de vote page[61] aucune délibération sociale ne serait à l'abri de la qualification de l'abus de majorité, peu importe l'organe social, qui l'a décidé, qu'il s'agisse de conseil d'administration ou du directoire ou de conseil de surveillance ,par ailleurs, ce pouvoir majoritaire doit néanmoins se soumettre aux règles de la conformité à l'intérêt social, en outre, c'est le respect de cet intérêt social par les majoritaires qui donne une certaine légitimité à leurs pouvoirs et le rendent admissible par tous, toutefois, c'est cette admission qui fait de la décision sociale, une décision exécutable et évite sa transformation en un abus de pouvoir, s'il s'avère que les associés minoritaires sont dans l'obligation de se soumettre aux décisions prises par la majorité quand cette dernière ne répondrait pas à leurs intérêts personnels et le juge n'a pas à intervenir dans la vie de la société.

Le principe de majorité a une exception, comme tous les principes de droit , on parle à titre d'exemple du cas où les associés sont auteurs d'un abus de droit de vote, certains associés investisseurs choisissent généralement d'adopter l'optimisation de leur profit à court terme que d'attendre et maintenir la continuité de l'entreprise sujet d'investissement, ce qui conduit fréquemment à un problème de conflit d'intérêts.

Pour eux, l'intérêt social dépend uniquement de la seule recherche rapide du gain financier, inversement aux associés entrepreneurs, qui visent généralement à accroitre leurs titres sociaux .

Dans ces circonstances, l'intérêt social repose particulièrement sur la progression de la société sur le long terme ,par conséquent, dans la société anonyme, les intérêts sont constamment divergents, étant donné que les actionnaires sont nombreux et généralement ne se connaissent pas, ce qui fait facilement de la société un terrain propice pour les conflits.[62]

[61] Said ES SAKALI, Op.cit,p.251.
[62] Said ES SAKALI, Op.cit,p252.

On peut qualifier l'abus de droit de vote par la rupture d'égalité entre les associés d'un côté, et par l'atteinte de l'intérêt social d'un autre côté.

On distingue à ce titre trois différents types d'abus de droit de vote :l'abus de minorité, l'abus de majorité, l'abus d'égalité, néanmoins ce dernier type d'abus n'est pas assez authentique comparé aux deux précédents types d'abus.

L'abus de majorité

Il faut signaler que le législateur marocain n'a pas donné de définition explicite à l'abus de majorité, et n'a également pas prévu les cas où on peut avoir un conflit d'intérêts, l'abus de majorité est alors une création purement jurisprudentielle, son dessein est de sanctionner la rupture d'égalité entre les associés et l'atteinte à l'intérêt social, à travers le droit de vote.[63]

Selon la formule de la Cour de cassation française il y aurait abus de majorité" *lorsque la résolution litigieuse a été prise contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessin de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité*"[64],à travers cette définition, on peut déduire que l'abus de majorité est constaté par la rupture d'égalité entre les associés au profit des majoritaires et au détriment d'une ignorance de l'intérêt social.

Suivant la Cour de cassation, il est notoire que deux éléments étroitement liés se réunissent :

En premier lieu la violation de l'intérêt social et en second lieu la rupture d'égalité entre les associés, en d'autres termes, pour qu'un vote soit valide, il est obligatoire que le vote soit produit contrairement à l'intérêt social d' une part et qu'il soit justifié par la seule intention de de favoriser les majoritaires, au détriment des minoritaires

Dans un arrêt de principe, la Cour de cassation française a jugé que l'abus de majorité est constitué par une décision prise contrairement à l'intérêt

[63] Ibid., p.254

[64] Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 18 avril 1961, cf. Said ES SAKALI, Op.cit,p257.

social et dont l'unique but est de favoriser la majorité au préjudice de la minorité[65].

2- Abus de minorité

Pareillement à l'abus de majorité, aucun texte de loi ne définit l'abus de minorité d'une manière explicite, on entend par l'abus de minorité, l'usage déloyal par l'associé de sa minorité de blocage dans les assemblées[66]

Le professeur merle explique « qu'il y a abus de minorité lorsqu'on exerçant leur vote les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises alors qu'elles sont nécessaires pour l'intérêt de la société et qui ne peuvent justifier d'un intérêt légitime »[67]

l'abus de minorité suppose que le minoritaire vise à utiliser son pouvoir de véto à des desseins purement personnels, et contraires aux intérêts[68] de la société et des autres associés.de ce fait , il faut éclairer que dans les sociétés pluripersonnel, on dit qu'un associé est minoritaire « *lorsqu'il détient une participation au capital de la société inférieure à celle détenue par le ou les associés qui représentent à un certain moment le contrôle de la société et que juridiquement et politiquement il ne fait pas partie de ce groupe de contrôle* »

ainsi, dans le cas de l'abus de minorité, le minoritaire est celui qui dispose d'une minorité de blocage, en assemblée par la majorité qualifiée ou par une clause statutaire,

autrement dit, il dispose d'un nombre suffisant de voix lui permettant de bloquer une décision. L'abus de minorité se manifeste par un comportement négatif,

Ce comportement réside à empêcher au sein de l'assemblée d'associé que la majorité requise pour une décision collective quelconque soit obtenue.

Il faut mentionner que le premier abus de minorité sanctionné en France par les juges portait sur un refus de vote d'une modification statutaire[69], en

[65] Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.70.
[66] Said ES SAKALI, Op.cit,p .280.
[67] Ibid., p.279
[68] Karim BOULAABI, de quelques abus de droit des sociétés, Ed.latrach,2018,p.37.
[69] Cour d'appel de Besançon, arrêt du 5 juin 1957,cf. Anne-laureCHAPTIER DE RIBES-JUSTEAU,Abus de majorité, minorité d'égalité, Ed.dalloz, paris,2010 P.115.
[69] Anne-laureCHAPTIER DE RIBES-JUSTEAU, op.cit.p.116.

suite le blocage d'une transformation d'une SARL en SA, d'une SA en SAS, le refus de transférer le siège social de la société, ont été portés devant les tribunaux, le plus fréquemment en vain, aux États unis, un arrêt des tribunaux fédéraux a refusé de sanctionner le minoritaire titulaire de 15% des droits de vote qui s'était opposé à l'absorption de la société par une société tierce.

Les tribunaux américains ont illustré un exemple d'abus de minorité qui mérite d'être relevée, même si le pouvoir de véto n'est pas directement mis en jeu. Il s'agit de l'hypothèse où le minoritaire cède sa participation à une société lui appartenant personnellement ; une telle cession est aux États unie susceptible de provoquer une modification du régime fiscal de la société et de susciter un surcout regrettable[70]

Il convient de mentionner que le législateur n'a prévu aucune sanction pour l'abus de droit de vote au sein des assemblées générales des associés puisqu'il qu'il n'avait pas reconnu d'une manière explicite ce type d'abus, par conséquent, la reconnaissance et la sanction de l'abus de majorité et de minorité ont été laissées à la doctrine et la jurisprudence de ce fait, l'un des conseillers de la Cour de cassation avait estimé qu'*« il a donc grande place à l'imagination pour définir des sanctions adaptées à l'abus qu'il soit le fit des majoritaires ou des minoritaires, ce même conseillé a ajouté que « la variété des sanctions des abus de droit laisse encore une large place à l'imagination e la pratique d'une consécration jurisprudentielle »*[71]

la société et les minoritaires peuvent désormais demander en justice l'annulation de la scission abusive, et agir contre les majoritaires en réparation de leurs préjudices personnels, en ou outre, lorsque les minoritaires détiennent une minorité de blocage (ou l'associé égalitaire) refusent de voter une décision essentielle pour la société ,en poursuivant un intérêt égoïste et portant atteinte à l'intérêt social , la société ou les majoritaires peuvent agir en justice afin d'obtenir non pas l'annulation de la décision sociale, puisqu'aucune résolution n'a été votée, mais au moins

[70] Arrêt de la cour fédérale, cf. Anne-laureCHAPTIER DE RIBES-JUSTEAU, op.cit.p.116.
[71] Said ES SAKALI, Op.cit,p.300.

pour obtenir réparation des dommages, ainsi dégagés, sinon la validation judiciaire de la décision contestée [72]

Conclusion

En guise de conclusion, on peut déduire, que devant le silence de la loi de donner une définition explicite au concept de l'intérêt social, et malgré la détermination de la notion par différents courants doctrinaux et jurisprudentiels, elle reste toujours obscure et flottante , et difficile à cerner, étant donné que ces différents courants doctrinaux ne sont pas parvenus à lui donner une définition unanime et complète, pareillement en jurisprudence, on remarque qu' en pratique, les tribunaux gardent constamment une certaine réserve dans la définition de l'intérêt social, ils essaient d'élargir son domaine d'application afin qu'il puisse englober toutes les situations possibles du conflit d'intérêts. mais , il n'existe pas d'arrêts de principe qui donnent une définition précise à l'intérêt social, d'ailleurs peu de définitions jurisprudentielles ont élaboré la notion, mais, elles ouvrent désormais lieu à des débats doctrinaux.

[72] Said ES SAKALI, Op.cit,p.300.

Bibliographie

Liste des ouvrages

- Anne-laure CHAPTIER DE RIBES-JUSTEAU, Abus de majorité, minorité d'égalité, Ed. Dalloz, paris,2010
- Agnès DUBOIS DE LUZY, droit des sociétés, Ed.Elipses,paris,2020.
- Gauthier LE NOACH, le statutaire et l'extra statutaire en droit des sociétés, Ed.Dalloz,paris,2020.
- Jean PARTICE et al., liber amicorum, Ed. Dalloz, paris,2021.
- Karim BOULAABI, de quelques abus de droit des sociétés, Ed.latrach,2018.
- Mohamed EL MERNISSI, Traité marocain de droit des sociétés, Ed. Lexisnexis, paris,2019.
- Pascal DURANT BARTHEZ, Le guide de la gouvernance des sociétés, Ed. Dalloz, Paris,2020.
- Philippe MERLE et al, Sociétés commerciales, Ed. Dalloz, Paris,2021.
- Said ES SAKALI, les conflits d'intérêt dans les sociétés commerciales, Ed. dar assalam,rabat,2019.
- Véronique MAGNIER, Droit des société,Ed.dalloz.paris,2019.

Jurisprudence

- Cour d'appel de Besançon, arrêt du 5 juin 1957,cf. Anne-laureCHAPTIER DE RIBES-JUSTEAU,Abus de majorité, minorité d'égalité, Ed.dalloz, paris,2010 P.115.
- Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 18 avril 1961, cf. Said ES SAKALI, Op.cit,p257.
- Cour d'appel de Paris,arrêt du 22 mai 1965, n°9999 ,cf. Pascal DURANT BARTHEZ, Op.Cit.,P.543.
- Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 15 mars 1972, cf. Mohamed EL MERNISSI,Op.Cit.,p.533.
- Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 4 février 1985,cf.Jean PARTICE et al,Op.Cit.p.619.
- Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 6 février 1997, cf. Mohamed EL MERNISSI,Op. Cit.,p. 534.
- Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 6 février 2007

➢ Cour de cassation, troisième chambre civile, arrêt du 12 septembre 2012, n°11-17948
➢ cour de cassation, chambre sociale, arrêt du 23 octobre 2012,cf.Agnès DUBOIS DE LUZY ,Op.Cit.,p.32.
➢ Cour de cassation,chambre commerciale, arrêt du 23septembre 2014, n° 13-17.347, cf. Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.620.
➢ Cour de cassation, première chambre civile, arrêt du 18 octobre 2017, n°16-17.184,cf., Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.
➢ Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 14 février 2018, cf. Jean PARTICE et al , Op.cit.,p.621.,p.623.
➢ Cour de cassation, chambre civile, arrêt du 18 avril 2019, cf. Agnès DUBOIS DE LUZY ,Op.Cit.,p.31.
➢ Arrêt de la cour fédérale, cf. . Anne-laureCHAPTIER DE RIBES-JUSTEAU, op.cit.p.116.

Textes de lois

➢ Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).
➢ Dahir n° 1-21-75 du 3 hija 1442 (14 juillet 2021) portant promulgation de la loi n° 19-20 modifiant et complétant la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes.
➢ Code civil français.

Concepts flottants et procédure civile

Hafidh Kithem
Docteure en droit privé et sciences criminelles
Maitre- assistante à la Faculté
des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis.

Résumé : La procédure civile a depuis toujours été perçue comme « *l'enfant terrible de la famille juridique* », la vile servante du droit substantiel ou le « vilain canard ». Ceux qui y sont moins hostiles, pourraient la dire une belle au Droit dormant.

Et ceux qui le sont encore moins, diraient même que l'heure du réveille aurait sonnée.

En effet, une doctrine éminente a pu souligner que *« cette matière ne fait pas partie de ces disciplines qui se prêtent à de belles envolées lyriques où excellent tant de brillants esprits. A la vérité, il était grand temps de repenser ce monuments en perdition* »[1].

Or, ce qui est à « repenser », se sont, précisément, les concepts de cette discipline. Et repenser les concepts de la procédure civile, c'est un peu voir sous un nouvel éclairage…celui des droits fondamentaux. Il s'agira de prouver que les concepts de cette discipline, sont calmement susceptibles de flottement. C'est ainsi que pour certains de ces concepts tels « l'exécution forcée » ou « le déni de justice », un cheminement vers le perfectionnement c'est amorcée. Cependant, il faut conclure que pour les concepts juridiques, flotter est une chose et se laisser emporter aux grés des flots, en est une autre.

[1](Perrot (R), « Présentation générale » in 10 anniversaire de la loi du 9 juillet 1991 sur la réforme des procédures civiles d'exécution, Colloques du 9 juillet 2001, éditions juridiques et techniques, Paris, 2002, p 14,). (Les propos de l'auteur visent la procédure civile d'exécution. Cependant, ils se vérifient encore pour la matière de procédure civile plus généralement)

Concepts flottants et procédure civile

« Et c'est Lui qui a créé la nuit et le jour, le soleil et la lune, chacun voguant dans une orbite. ».

Al-anbiyaa (33).

« Flottant » dérive de « flottement ». Est-ce autre qu'une forme de mouvement ?

Mouvement irait de paire avec changement… de lieu (locomotion), de matière, de qualité…Mais, le mouvement, est-il le propre des « objets » corporels du monde sublunaire d'Aristote ? Précisément, quant est-il des concepts ?

Ces « *éléments artificiels de la pensée s'interposant entre l'homme et la vie* »[2], ou ces représentations mentales générales et abstraites d'un objet (parfois[3],) synonyme d'idée ou notion[4]…, se meuvent-ils et sont-ils « flottants »?

« *Le droit, tel que la science juridique ne cesse de l'élaborer, correspond, du plus abstrait au plus concret, à une chaîne de concepts », et le juriste ne cesse de « constituer et de manier des concepts* »[5].

Certes, la notion de concepts juridiques n'a pas reçu de définition précise ou particulière ; « *soit les auteurs analysent un ou plusieurs concepts précis sans forcément définir ce qu'ils entendent par concept, soit*

[2] **Bergel (J.-L.),** « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ*., 1984, p. 260.

[3] Le petit Robert de la langue française, …, entrée « Concept ».

[4] "Par exemple, Haid (2005 :15), dont la thèse porte sur les *notions* indéterminées dans la loi, ne s'embarrasse pas de nuances quand il s'agit de définir l'un des deux termes clés de son sujet : « Nous ne ferons pas dans le cadre de cette étude de distinction entre les termes *notion* et *concept*, une telle distinction nous paraissant à la fois très discutable et particulièrement délicate à réaliser. » Plus loin, « Tous deux seront entendus comme la signification (au sens entier du terme) d'une expression linguistique, la représentation mentale générale et abstraite à laquelle elle renvoie »." **Pic (E), Faire de la terminologie en droit,** Cahier du CIEL, 2007-2008, p. 62.

[5] *Idem*, p. 58.

de manière éparpillée la doctrine énonce [...] une brève définition du concept qui vise directement son acception générale ».[6]

Cependant, en matière de mobilité ou « flottement », les concepts juridiques- précisément- ne sont pas en reste. Ils ont tendance à une certaine mouvance et sont donc susceptibles de flottement, puisque leur objet (le droit), l'est[7].

Maintenant, il convient de rappeler que -d'ordinaire- le flottement est nimbé d'une connotation négative et rime avec hésitation, indécision… S'appliquant à un concept, l'état de flottement, peut même être synonyme de « vague », « imprécis » ou « incertain ». Aussi, le flottement d'un concept peut-il être synonyme de variabilité ou mutation.

Alors, de prime abord, pour un concept juridique, l'adjectif « flottant », n'est ni flatterie ni compliment. Plus encore, c'est un défaut, une anomalie, voire même une menace éminente.

Certes, le droit est loin d'être une science exacte, mais il a pour socle la trilogie[8] justice, progrès sociale et sécurité juridique. Justement celles-ci, évoquent un nombre de notions telles, l'exactitude, la clarté, la stabilité[9]… et la continuité.

C'est dire, le phénomène « flottement » et l'objet « concepts juridiques », paraissent offrir une parfaite contradiction et nourrir, une singulière inquiétude, à l'aune de la *constitutionnalisation* du principe de sécurité juridique ou encore à l'ère de la recherche d'une unification du droit et en tout cas à l'ère de questions comme la qualité de la loi et de la justice ou celle de l'universalité des droits fondamentaux. Il faut même dire que l'inquiétude prend toute son ampleur s'agissant de la procédure civile ;

---

[6] **Pic (E), Faire de la terminologie en droit,** Cahier du CIEL, 2007-2008, p. 62.
Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2e éd., 2016, p. 107 ; ROLAND H., BOYER L.,
Introduction au droit, Litec, 2003, p. 117.

[7]« [...] *le droit se modifie avec le temps* [...] *Le droit se transforma sans cesse au rythme de l'histoire dont il épouse, freine ou encourage l'évolution* [...]. *Ce n'est pas une donnée stable.* [...].». **Bergel (J.-L.),** *Théorie générale du droit,* Dalloz, 5ème éd., 2012, n° 97, p. 124 ets.)

[8] En ce sens, cf. par ex. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, p. 318.cité par

[9]B. Pacteau, " La sécurité juridique, un principe qui nous manque? ", *AJDA,* n° spécial 1995, p. 155.

« le droit qui donne accès au droit »[10] . Ou peut être l'inquiétude laisse-t-elle place à la surprise, puisque cette discipline[11] est fameuse pour n'être que la servante du droit substantielle et donc pour son calme écoulement voire sa stagnation séculaire.

Cependant, à croire certaines données de la science physique (la mécanique) ou certains dogmes de la philosophie Aristotélicienne, le mouvement (ici le flottement), pourrait impliquer changement vers le meilleur. Le flottement pourrait donc être gage d'un idéal de légistique et de justice. Alors, il ne faut plus toujours, avoir l'horreur des flots quand au flottement des concepts juridiques ? Mais, plutôt se poser la question ; quels sont ces concepts de la procédure civile dont le flottement se perçoit comme cheminement vers le perfectionnement ?

Une doctrine éminente a pu retenir que « Certains concepts juridiques sont intentionnellement laissée dans le vague parce que l'"indétermination intrinsèque" de leur contenu est un "facteur d'adaptation" du droit. Ils "ont pour vocation naturelle d'être indéterminés, et donc toujours déterminables et redéterminables" suivant les circonstances et les époques. Ce sont des notions évolutives qui constituent, comme on a pu le dire, "les organes souples du système juridiques", "sa chair", par opposition aux notions déterminées qui en sont "l'ossature". »[12]. Ces concepts sont dits « *"concepts soupapes", ou "notions à contenu variable"…* ».[13] En évoquant ce type de concepts - la doctrine cite, notamment, *la faute, la négligence, l'imprudence, l'intérêt général, l'équité, l'urgence, les bonnes mœurs, le bon père de famille, l'ordre public…il faut aussi songer à* l'animal (de meuble, il devient « être sensible »), ou à l'autorité parentale dont le flottement se

[10]X. PHILIPPE et E. PUTMAN, *RTD civ.* 1994, p. 484.

[11] **Fricero (N.),***L'essentiel du droit des voies d'exécution*, Lextenso édition, 12ème édition, 2015, Paris, p. 3. « La procédure civile est l'ensemble des règles organisant le recours au juge pour obtenir la résolution des conflits (…). Elle définit d'abord les conditions de la mise en œuvre du droit (…) d'accès à un tribunal (théorie de l'action en justice) *et* établit des juges compétents pour statuer (théorie de la compétence). Puis elle organise le déroulement du procès jusqu'à l'obtention d'un jugement, en déterminant les principes fondamentaux d'un procès équitable (…). Elle détermine ensuite les conditions d'élaboration du jugement ainsi que les attributs dont il est doté pour que la décision du juge acquière l'autorité de la chose jugée *et* institue des mécanismes procéduraux permettant de contester la décision (voies de recours). (…)»

[12]G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens,* n° 188).

[13](J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique,* PUF, 2001, n° 102, p. 115 et s.).

fait sentir d'un système juridique à l'autre, vue les acceptions multiples du terme « flottement ». Or, aucun de ces concepts fameux pour leur flottement ne semble appartenir (du moins directement) au champ de la procédure civile.

L'enjeu est donc de prouver que si le flottement est « grâce » et « vigueur » ou gage de perfectionnement, la procédure civile, cette « belle au droit dormant », n'est pas en reste.

Alors, pour contribuer un peu à la découverte de nouveaux concepts d'une instabilité vertueuse, l'on propose de s'attarder sur le flottement du concept exécution forcée (I) et celui de déni de justice (II).

I- Le flottement du concept « exécution forcée »

En songeant au concept d'exécution forcée sous l'angle du flottement, l'on se trouve, presque naturellement, tourné vers l'idée de son édulcoration (sa civilisation) qui s'est faite, notamment, par le passage de l'exécution sur la personne[14] à l'exécution sur ses biens. Cependant, cet aspect du flottement n'est qu'une vague sur la mer de l'exécution forcée.

Le véritable tsunami se perçoit à travers ce que la doctrine décrit en ces termes ; « *le curseur c'est déplacé du débiteur vers le créancier* ».

Plus précisément, il s'agit du passage de l'exécution forcée ; **obligation,** incombant au débiteur,[15] vers l'exécution forcée ; **droit** subjectif appartenant au créancier (comme droit distinct du droit violé[16]).

---

[14] C'est que les ouvrages de procédures civiles relatent que le créancier avait le droit d'enfermer le débiteur chez lui, enchainé, durant 60 jours. Et pouvait le conduire au Forum, à trois marchés successifs, afin que parents ou amis puissent offrir d'acquitter sa dette. Si personne ne paye pour lui, à l'expiration du délai, le malheureux était vendu comme esclave hors de Rome ou mis à mort, voire coupé en morceaux et partagé entre ces derniers. Voir sur l'ensemble de la question :**Mellouli (S.)**, « Voies d'exécution, procédure juridique de recouvrement de créances », édition CLE 1991, p. 141 ; **Castaldo (A.),***Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, Paris, 1er Édition, 2008, p. 967, n°673. **Vincent (J.) et Prévault (J.),** *Voies d'exécution et procédure de distribution*, Dalloz, Paris, 17ème édition,1993, n°22, p. 20.

[15] Pour une description détaillée et un inventaire méticuleux sur la question, voir, notamment : **KuateTameghe (S-S.),** *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, L'Haramttan, 2004. **Hardy (Ch.),** *Les droits du débiteur en redressement judiciaire*, Thèse en vue du doctorat en droit privé.
<http://ebureau.univreims.fr/slide/files/quotas/SCD/theses/exldoc/GED00000261.pdf>
(date de consultation, le 15/juin 2014).

Le terme de tsunami semblerait d'autant plus pertinent que *l'exécution forcée revient de loin, pour* s'imposer comme un droit subjectif et très tôt s'élever au rang *d'un* ***droit fondamental***[17]*.*

Le phénomène est fameux sous l'appellation de la « fondamentalisation »[18] de l'exécution forcée.

En effet, l'analyse des textes du droit tunisien et bien d'autres (droits comparés), à la lumière de la « théorie des droits implicites »[19] permet d'établir, tant bien, l'ancrage conventionnel que constitutionnel du droit à l'exécution forcée bien que non déclaré *expressis verbis*.

C'est ainsi que si la constitutionnalité du droit à l'exécution forcée pourrait se fonder sur le droit à la justice, le droit à la propriété ou encore le principe de séparation des pouvoirs, il n'est pas vain de dire l'article 111[20] de la nouvelle constitution tunisienne, interdisant l'inexécution des décisions de justice ou l'entrave à leur exécution, berceau du droit constitutionnel à l'exécution forcée.

L'idée de la fondamentalisation de l'exécution forcée pourrait aussi se résumer en s'attardant sur la notion de procès équitable. Le droit à un procès équitable (droit fondamental et surtout garantie de la prééminence du Droit), implique l'effectivité des titres exécutoires et donc l'exécution.

Si la cour Africaine, n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur une telle question, la cour de Strasbourg a pu considérer que « le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6§ 1 d'écrive en détails les garanties de procédure (équité, publicité

---

[16] Reconnu au sein du titre exécutoire.

[17] *Nous voilà encore devant un concept flottant sur lequel il* ***y*** *aura lieu de s'attarder ultérieurement et dans un contexte opposé à celui-ci.*

[18] **Ferrand (F.),** « La fondamentalisation de l'exécution forcée *», in: Le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité, Actes du colloques de la revue droit et procédures*, op. *cit.,*p.13.

[19] Voir *supra § 307/308.*,

[20] En dépit de son caractère général : « les décisions sont rendues au nom du peuple et sont exécutées au nom du Président de la République. Leur inexécution ou l'entrave à leur exécution sans motif légal ***sont interdites*** ». N'est-ce pas là une reconnaissance constitutionnelle du droit à l'exécution ?

et célérité) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires.

Si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les Etats contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la convention … L'exécution d'un jugement ou arrêt de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6»[21].

Dans la continuité de cette jurisprudence, la Cour Européenne a habilement étendu[22] le champ de l'article 6§1.

Très tôt ce droit fondamental a été étendu à une panoplie de titres exécutoires dont les actes notariés[23] et les actes de conciliation[24] , et même les frais de justice[25].

Ainsi, l'exécution aurait une valeur indépendante d'un jugement déjà existant, « elle ne devrait prendre en compte ni la nature de l'acte judiciaire d'exécution, ni l'existence d'une procédure judiciaire antérieure»[26].

---

[21] C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby* contre Grèce, req. n°18357/91 ; *RTD civ.* 1997, p. 1009, obs. **Marguenaud** (**J.-P.**) ; *D.* 1998, p. 74, note **Fricero (N.)** ; *JCP.* 1997 II n° 22949, note **Dugrip (O.)** et **Sudre (F.)** ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. **Flauss (J.-F.)**. Cité par : **Payan (G.),** *op.cit.,* p. 22.

[22] **Fricero (N.),** *Mémentos LMD- procédure civile d'exécution*, p. 23 et 24 : « Dans l'arrêt Horsnby contre Grèce du 19 mars 1997, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que le droit à une exécution effective et dans un délai raisonnable des décisions de justice fait partie intégrante du procès équitable prévu par l'article 6§ 1 de la Convention européenne. Ce droit à l'exécution concerne la totalité des jugements rendus par toutes les juridictions étatiques, juridictions administratives, juridictions judiciaires, qu'elles soient de droit commun d'exception, quel que soit leur degré. La Cour européenne l'a étendu aux procédures judiciaires d'exécution des titres exécutoires qui n'ont pas la nature de jugements. Ainsi, le droit à l'exécution a été attaché à une procédure d'exécution d'un acte notarié qui constatait un prêt hypothécaire ou encore à une procédure permettant de mettre en œuvre un acte de conciliation, ou enfin à l'exécution d'une sentence arbitrale revêtue de la force exécutoire et considérée comme l'équivalent d'un jugement. En conséquence, un titre exécutoire ouvre un droit à l'exécution même s'il ne s'agit pas d'une décision de justice, mais d'un titre extrajudiciaire, rendu exécutoire par la loi […].».

[23] C.E.D.H., 21 avril, 1998, Estima Jorge : D, 1998, somm, p. 369.

[24] C.E.D.H., 28 octobre 1998, Perez de Rada Cavanilles c/Espagne, JCP1999, I, 105, n°21, obs., **Surde (F.).**

[25] **Guinchard (S.)**, Article. *op. cit.,* p. 89, n° 425.

Ce qui importe, selon la jurisprudence de la cour Européenne, c'est le Droit[27]. Celle-ci a pu se convaincre que « La réalisation est la vie et la vérité du droit »[28] et que le procès n'est qu'« un mode de réalisation du droit »[29].

Le fort de l'ancrage supra législatif du droit à l'exécution, se fait sentir lorsque se conjuguant avec une garantie juridictionnelle[30] dont sont chargés, en principe, non seulement les juges ordinaires, mais aussi les juges constitutionnels et internationaux[31]précisément les juge d'Arusha en Tanzani, les juges de la cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples.

C'est dire, l'annonce de la naissance d'un nouveau droit fondamental reconnu aussi bien par la constitution que par les textes internationaux[32], n'est pas une fin en- soi. Il est donc aisé de comprendre que ce sont les effets juridiques que ce droit fondamental est en mesure de déployer qui devraient intéresser au premier chef. Ce sont aussi ces effets qui font toute la grâce du flottement de l'exécution forcée.

Or, justement, les implications juridiques, de la fondamentalité du droit à l'exécution s'étalent sur, au moins, deux dimensions :

En premier lieu, les effets de ce droit fondamental se dégagent au niveau des rapports horizontaux[33]. En bref, il s'agit d'imposer des obligations nouvelles aux personnes privées, voire de greffer au débiteur étatique de la protection du droit à l'exécution, un nombre indéfini de débiteurs privés.

---

[26] *Idem*.

[27] « C'est au moment où le droit revendiqué trouve sa réalisation effective qu'il y a détermination d'un droit de caractère civil, quelle que soit la nature du titre exécutoire ». Attendu de la cour Européenne cité par **Guinchard (S.)**, *op. cit.,* n°424.

[28] **Jhering (R.V.),** *Esprit du droit romain*, T. III, *op.cit*., paragraphe 43, p.15.

[29] **Cadiet (L.), Normand (J.) et Amrani-Mekki (S.),** *Théorie générale du procès,* Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p.993.

[30] Second critère de la fondamentalité d'un droit. Voir *supra* § 261.

[31]**Guinchard (S.),** « Le procès équitable droit fondamental ? », *AJDA*, Numéro spécial, 1998, p. 191.

[32] C.A.D.H.P. et D.U.D.H.

[33] Le phénomène est connu sous la désignation de l'«**horizontalisation** » des droits fondamentaux. Inspirée de la doctrine allemande de la « ***dritt Wirsung »***, encore traduite par « effet vis-à-vis des tiers ».

D'ailleurs, il n'est pas démesuré de parler d'une « avancée remarquable dans la protection des droits de l'Homme »,[34] puisque le phénomène peut emprunter deux voies ; l'une internationale, l'autre interne.

La première (des voies), caractérise l' « effet horizontal indirect », et est achevée par le vecteur d'une notion phare ; les obligations positives qui imposent aux Etats entre outre de créer le cadre juridique adéquat à la réalisation des droits conventionnels.

La seconde voie, traduit l' « effet horizontal direct » et procède du juge national qui va puiser indifféremment au cœur de la constitution ou du droit international l'inspiration nécessaire pour résoudre les litiges entre personnes privées[35], car « quel que soit leur support normatif, constitutionnel ou conventionnel, les droits fondamentaux, en tant qu'instrument juridique, deviennent opératoires, dans l'ensemble du champ juridique »[36].

Il en découle le constat que le droit à l'exécution, désormais, transcende la souveraineté de l'Etat auquel il est opposable.[37] Cette affirmation se vérifie aussi à travers l'effet vertical descendant[38] de la fondamentalité du droit à l'exécution.

---

[34] A savoir, L'horizontalisation.

[35] _l'effet horizontal indirect résulte d'une intervention de l'instance internationale susceptible d'appréhender les situations litigieuses privées, au moyen des obligations positives mises à la charge des Etats en vue de sauvegarder les droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles ; l'effet horizontal est alors indirect puisque la solution rendue ne s'adresse pas aux personnes privées et ne résout pas leur désaccord, mais est destinée à l'Etat, qui acquiert ainsi un rôle d'intermédiaire.

_ L'effet horizontal direct est mis en œuvre par les juridictions internes et permet certes de résoudre les différends privés, qualifiés d'horizontaux, mais cette application n'est possible que lorsque la Convention bénéficie d'un effet direct dans leur ordre juridique. Voir **Moutel (B.), L' « effet horizontal »** de la convention Européenne des droits de l'Homme en droit privé Français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personne privés, Thèse de Doctorat en droit privé, université de Limoges, 2006,

[36] **Mathieu (B.) et Verpeaux (M.)**, Avant-propos, *in: La constitutionnalisation des branches du droit*, Congrès de l'AFC, Dijon, 14/16-6-1996, éd. Economica, 1998, p. 7. Cité par, **Raynaud (J.),** op.cit., p. 325.

[37] **Werhoeven (J.),** *Droit international public*, Bruxelles, **Larcier**, 2000, p. 296.

[38] De l'Etat vers l'individu. Contraire de l'effet vertical ascendant De l'individu vers l'Etat

Il a été expliqué que l'Etat peut lui-même être débiteur de l'obligation objet de l'exécution ou encre être débiteur d'un droit corollaire à celui de l'exécution ; le droit pour le créancier, personne physique ou personne morale[39], de compter, en vue de la réalisation forcée du droit, sur le concours de la force publique dont l'abstention même justifiée, implique la condamnation de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publique, sauf déni de justice.

II- Le flottement du concept « déni de justice »

Peut être que pour certains, c'est plutôt, la notion « justice » qui devrait figurer parmi les concepts juridiques flottants. Cependant, le concept déni de justice, est-il davantage ou autant flottant, puisque « la difficulté de dire où est la justice en général n'a d'égale que la facilité à découvrir l'injustice dans les cas particuliers. Le sens de l'injuste procède de l'intuition [...] et la ***justice*** *progresse -si elle progresse- par a contrario: elle se définit en creux tout au long des injustices commises* »[40]. ?

Or, si toute « injustice » n'est pas forcément un déni de justice, tout déni de justice est bel et bien une « injustice ».Autrement dit, le déni de justice serait le peu dans un tout et ce « … peu pose au droit des questions immenses».[41]

C'est dire, l'effectivité, l'efficacité et la qualité de la justice impliquent-elles, la claustration du déni de justice derrière la haie des codes pénaux en tant que délit pénal ou plutôt son « flottement » jusqu'à d'autres horizons…?

En effet, au-delà des Codes pénaux, déni de justice voudra dire plus que refus de juger *stricto sensu* et là quand il y aura déni de justice, ce n'est plus uniquement l'obligation de faire (rendre justice) qui se trouve bradée. Mais, c'est plutôt l'obligation de bien- faire ; bien- juger[42] qui l'est.

---

[39] L'effet vertical étudié fait surgir l'obligation d'exécuter et de prêter main forte non seulement au profit des sujets personnes physiques, mais aussi au profit des sujets personnes morales ; celles-ci étant titulaires de droits fondamentaux.

[40] **Jestaz (Ph.),** *Le droit, Connaissance du droit*, Dalloz, Paris, 2007, 5ème édition, p.13.

[41] **Carbonnier (J.),** « Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout et de rien », in *Flexible Droit, Pour une sociologie du Droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 2001, 10ème édition, p. 84.

[42] Déjà l'idée se confirme à travers les propos du professeur **Guinchard**, évoquant le droit non plus à un juge, mais plutôt à un « bon juge ». Pour d'autres, c'est plutôt la distinction

Ainsi, le déni de justice, se traduirait non plus par le défaut de décisions de justice, mais par une décision gravement reprochable. Une décision qui réduit en cendre le droit à la justice…de qualité ou à la justice tout cours pour éviter un pléonasme.

Somme toute, le concept déni de justice flotterait entre une conception pénale, stricte, voire inutile, puisque le délit pénal de déni de justice relève(presque) d'une hypothèse d'école, et entre une conception réaliste.

Notre concept flotte (ou devrait) du déni de justice formel (encore dit déni de justice procédural[43], figure « classique » ou élémentaire[44]) vers le déni de justice substantiel qui en est la forme la plus hasardeuse ; le justiciable trouve bien un juge et obtient même un jugement sans pour autant obtenir justice. Or, pour schématiser un peu, cette forme du déni de justice se traduit notamment par un processus décisionnel peu observant des principes directeurs[45] du procès ;

---

entre déni de justice procédural (refus de rendre une décision).et déni de justice substantiel (un mal jugé) qu'il s'agit de confronter.

N'est-il pas juste aussi de considérer qu'au fond, c'est toujours d'un refus de juger qu'il s'agit ? Tantôt, il est expressément manifesté. Tantôt, il est révélé par une négligence caractérisée.

[43] Il n'est pas faux de dire que le déni de justice formelle s'intègre aisément sous la catégorie déni de justice procédural recouvrant toute irrégularité procédurale affectant le processus décisionnel. Celle-ci peut trouver son origine en une carence de la juridiction saisie à fonctionner, ou en l'organisation même du service public de la justice scindé en deux ordres de juridictions (judiciaires et administratives). C'est ainsi que constitue un déni de justice le conflit négatif de compétence, (les deux ordres saisis s'estiment incompétents) ou encore le conflit positif (les deux ordres saisis se sont estimés compétents et ont donné une solution différente). Ces hypothèses de déni de justice sont largement admises aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence. De surcroît, elles se trouvent neutralisées grâce à des techniques salvatrices faisant intervenir le Tribunal des conflits.

Mais, il y a d'autres formes de déni de justice procédural, bien plus grave parce qu'occultes ou occultées.

[44] Défaut d'accès à la justice.

[45] Cependant, il faut dire que « La qualité de la décision de justice, même si elle était une composante de la qualité de la justice, est très loin d'en épuiser la substance ». **Rolin (F.)**, « La qualité des décisions du Conseil d'Etat », in *La qualité des Décisions de justice*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Editions du Conseil de l'Europe, p .153.

Le déni de justice et le principe neutralité.

Si l'office du juge lui impose de trancher le litige, *omnia petita*. Lorsque le juge ne tranche pas le litige dans son entièreté, il ne tranche pas le litige comme il se doit ; il dénie justice. Le déni de justice est perçu par la jurisprudence comme « le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger des affaires en état de l'être, mais aussi plus largement tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu»[46.]

Or, qu'est-ce l'*infra petita*, « sinon le refus de répondre aux prétentions des parties ? Le juge, de manière non équivoque, choisit de ne pas statuer sur l'ensemble des prétentions des parties ».[47]

Le déni de justice et le principe dispositif. Ces deux-là vont de pair. Le juge doit être neutre. C'est-à-dire qu'il doit trancher *tout le litige*, mais pas forcément *rien que le litige*. En effet, le principe dispositif, n'annule pas l'obligation pour le juge d'exercer sa fonction juridictionnelle sous peine de commettre un déni de justice.

« […] le procès est *"la place stratégique et le dernier bastion de l'ordre public"»*[48].

En conséquence, logiquement, la violation d'une règle d'ordre public doit être sanctionnée d'office. L'absence au sein de notre CPCC de l'équivalant de l'article 12[49]du nouveau Code de procédure civile français,

---

[46] T.G.I., Paris, 6 juill. 1994, Note Petit, *Gaz. Pal*, 1994, 2, p. 589.

[47] **Brus (F.),** Thèse *op.cit.,* p.140.

[48] **Eudier –Martin (F.),** *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse en droit privé, université de Rouen, 1994, p.13 et 14.

[49] « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droits auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. ».

ne remet pas en cause l'existence, ni la légitimité d'un pouvoir d'office du juge en vue de l'application de la règle d'ordre public.

En effet, l'article 102 de la Constitution de 2014 déclare la justice indépendante et protectrice de la suprématie ou prééminence du droit, ce qui implique pour le juge l'obligation de se fonder sur une règle que l'un et l'autre des plaideurs aurait négligé d'invoquer si celle-ci est « adéquate ». Aussi, l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public[50]dérive-t-elle du droit à un recours effectif et du principe d'égalité devant la justice. Ainsi, relever les moyens d'office[51] serait au cœur de l'office du juge[52].

Somme toute, l'idée avancée se trouve confortée par les réflexions, bien que quelque peu timides, d'une doctrine éminente.

D'abord, Monsieur **Croze**[53]pour qui« mal appliquer un modèle de jugement, c'est commettre une erreur de droit censurée naturellement par la voie de la cassation ; en revanche, ne pas introduire dans le débat un moyen d'ordre public, c'est, en quelque sorte, un refus de juger, quelque chose comme un déni de justice partiel. »

---

[50] « L'énonciation par le juge d'un fait, d'un acte ou d'une règle de droit textuelle, jurisprudentielle ou coutumière d'où, par un raisonnement juridique, il prétend déduire le bien ou le mal-fondé d'une demande présentée devant lui. »

[51] « […] la proposition de syllogisme qui aurait dû être faite par le défendeur défaillant auquel le juge se substitue. Celui-ci recompose le raisonnement qui aurait dû être élaboré par l'une des parties. ».

[52] Par office du juge, il faut entendre selon le professeur Normand la ou les fonctions ou missions dont il est investi, « les divers aspect du rôle qui est le sien dans l'ordonnancement juridique. En un sens plus technique, l'office du juge concerne les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues ».

Aussi, toujours d'après le même auteur, il faudrait distinguer deux sortes de missions dévolues au juge. Une mission principale à savoir trancher les litiges, à laquelle viennent se juxtaposer d'autres particulières telle notamment la conciliation. N**ormand (J)**, « Office du juge », *Dictionnaire de la Justice*, sous la direction de **Cadiet (L.),** P.U.F., Paris, 2004, p. 925 et ss.

[53] **Croze (H.)**, *Recherches sur la qualification en droit processuel français*, Thèse Lyon, 1981. n°494.

Ensuite, Mme ***Frison –Roche***[54], qui avec moins de détermination est arrivée à « diagnostiquer » le déni de justice. Pour l'auteure, le fait que le juge puisse ne pas rechercher la règle de droit applicable, parce que la partie ne s'y réfère pas, n'est pas une hypothèse très éloignée,… mais, on ne peut pas dire, néanmoins, qu'il s'agit d'un déni de justice, *stricto sensu*. En tout cas, il n'est pas certain que l'auteure puisse dire autant s'agissant de l'irrespect du délai raisonnable.

Le déni de justice et le principe de célérité. *« Justice delayed, justice denied »*[55].

L'idée se laisse entendre sans équivoque notamment[56], à travers l'article 7 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples.

Aux termes dudit texte « toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend: le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ; […] le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale»[57].

Alors, si la jurisprudence française a pu -depuis des décennies[58]- affirmer que l'irrespect du délai raisonnable est une forme de déni de justice, c'est au final, confirmer l'irréprochable sagesse des anciens[59].

---

[54] **Frison –Roche (M.-A.)**, note sous Civ. 4 Novembre 1988, D. 1989. 609, n° 28. Cité par ; **Eudier –Martin (F.),** *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse en droit privé, université de Rouen, 1994, p.89.

[55] Sur cet adage voir ; **Wandji-kamga (A-D.),** *Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Edition Universitaire Européenne, 2011, p, 243. « Un vieux dicton français y fait écho : "*justice rétive, justice fautive* " (une justice qui s'arrête ou recule au lieu d'avancer est une justice coupable). ».

[56] Il y a aussi l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966.

[57] L'article 7 al. 1- (a, c, d).

[58] T.G.I., Paris, 5 novembre 1997, *D.*, 1998, 9, notre Frison-Roche reprenant **Favoreu (L.),** 1964. Voir, **Kernaleguen (F.),** « Déni de justice », *Dictionnaire de la Justice*, sous la direction de **Cadiet (L.),** Paris, P.U.F., 2004, p.325. En droit administratif, voir : « CE 28 juin 2002, *Garde des Sceaux Ministre de la Justice c/ Magiera*, p. 248, concl. F. Lamy ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 596, Chron. D. Donnat et D. Casas ; *A.J.D.A.,* 2003, p. 84, Note J. Andriantsimbazovina ; D. 2003, p. 23, Note V. Holderbach-Martin ; R.F.D.A. 2002, p. 756, concl. F. Lamy. ». Cité par **Bonne maison (J-L.)**, *La responsabilité juridictionnelle*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paul Verlaine- METZ, p. 21.

***Le déni de justice et le principe de la prééminence du droit*.** En réalité ici est mirée l'une des émanations du principe de prééminence. C'est le droit à l'exécution forcée de la décision de justice.

« L'exécution » …une notion qui ne laisse pas indifférent, « elle recouvre des réalités diverses qu'il est difficile d'enclore dans une définition simple ». Mais, sans elle le droit, est réduit à un simple vœu … et l'obligation civile se voit disqualifiée en obligation naturelle.

L'exécution ce droit fondamental…, serait « une demande virtuellement comprise dans la demande initiale »[60].

L'affinité entre exécution (équitable) et prééminence du droit et plus généralement avec le droit à la justice, coule de source. D'ailleurs, ne pas juger ou juger, sans exécution, n'est-ce pas *idem*, surtout que le changement nécessaire pour contrevenir à l'incident de la règle juridique bafouée ne se produit qu'avec l'exécution. Il ne faut pas hésiter, à définitivement se convaincre que le procès n'est tranché concrètement et convenablement qu'au prix de l'exécution ; phase finale ou dénouement du procès.

Force est de reconnaître ; l'inexécution d'une décision de justice est un déni de justice[61] encore pire que le refus de juger, car le justiciable est moralement dupé et financièrement spolié.

En claire, « la non- exécution conduit à un déni de justice lequel ne peut générer chez les justiciables qui en sont victimes qu'un sentiment d'injustice, de frustration, de non –droit. »[62].

Ces propos traduisent l'affinité entre deux concepts dont le flottement est perçu comme aspiration au meilleur.

---

[59] Adage: « *Justice delayed, justice denied* ».

[60] **Brus (F.),** *Le principe dispositif et le procès civil,* Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université de Pau et des pays de l'Adour, p.147. Thèse en ligne : <file:///C:/Users/HP/Downloads/Brus.pdf> (Date de consultation : le 20 janvier 2017).

[61] **Terré (F.),** *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, Dalloz, Paris ,5ème édition, n° 221. Il y aura donc désormais déni de justice lorsque « le comportement critiquable du juge tient soit à un refus d'exercer son office, soit à une ineffectivité du procès au détriment du justiciable ».

[62] **Hugon (Ch.),** « L'exécution des décisions de justice », in *Liberté et Droit Fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2007, p.662.

Mais, « *la poursuite des perfectionnements exclut la recherche de la perfection [et que] perfectionner s'oppose à parfaire* ».[63]

A l'issue de ces brefs propos, il n'est pas inutile de constater qu'il ne faut pas, toujours, voir en le flottement des concepts juridiques grâce et vigueur, ni gage de sagesse des législateurs...

Il y ait de ces concepts dont la matière est du sable mouvant…où le flottement, n'est qu'erreur de stratégie. Il en est ainsi du concept de droits fondamentaux. Pire qu'un concept flottant. C'est un concept aux grés des flots et « tout étant en passe de devenir droit de l'Homme »[64]. Or, en ces temps plus que jamais, l'humanité a besoin, d'une ancre de miséricorde en vue d'arrêter le flottement de l'extension du concept « droits fondamentaux ».

Qui peut s'opposer à l'assertion selon laquelle ces droits qui créent autant de discordes ne sont pas des droits convoitant, tout azimut, l'idéal des idéaux*;* « le bienêtre de l'humain » et qu'ils ne peuvent aucunement, aller à son encontre. Alors…, il faut que le bien-être de l'Homme soit notre « rose-des-vents » ou « *un graal juridique* »[65].

Justement, en cherchant, il semble difficile d'expliciter la notion de bienêtre, mieux que le plus célèbre des érudites *;* ***Abu Hamid Al Ghazali*** à travers son œuvre, "*al-moustassfâ min 'ilm al-ussul*"[66]. L'auteur y explique que le bien être des êtres humains est la somme des finalités[67] de la *Charia* « qui consiste à préserver leur religion (*din*), leur vie (*nafs*), leur

---

[63] **Valéry (P.),** *Variété*, Gallimard, 1998.

[64]**Chedly (L.), «** *Droit international privé et droit de l'Homme* », Mélanges offerts à **Amor (A.),** Centre de publication universitaire, 2005, p 353.

[65]**Dupre (A-A.),** op.cit. p. 434. <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Graal/122003>(Date de consultation : le 20 juin 2017). « Le Moyen Âge a nommé « Graal » l'objet précieux dont le mystère et la recherche orientent l'aventure des chevaliers de la Table ronde. Le mot, attesté au XI[e] siècle sous sa forme latine *gradalis*, existe également en provençal *(grazal)* et se confond souvent avec le terme qui désigne la corbeille où lève la pâte *(cratis)*, la coupe *(crater)* et même la pierre philosophale. ».

[66]**Al-Ghazālī (A),** *al-Mustasfā*, 1937, Vol. 1, pp. 139-40.

[67]Soulignons que ces cinq *finalités* sont considérées comme des buts principaux ou de base il y en a d'autres qui sont des corollaires. Or, la réalisation des *premiers ne* peut se faire sans la réalisation de corollaires. En effet, le principe *fiqhique*alignele statut des moyens (*wassayîl*) avec celui des finalités (*maqassid)*. D'où la règle « tout ce qui est indispensable à la réalisation d'une chose est lui aussi indispensable ». "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"

raison (*al-aql*), leur progéniture (*nasl*) et leurs biens (*māl*). Tout ce qui est de nature à préserver ces cinq finalités est un bien (*Maslaha*) ; et tout ce qui aboutit à faire manquer ces finalités est une nuisance (*Dharar*) qu'il faut repousser ».

En effet, tout concept flottant devrait « plutôt couler en beauté que flotter sans grâce »[68].

[68] Morel-darleux (C.), Plutôt couler en beauté que flotter sans grâce, Réflexion sur l'effondrement, Libertalia, 2019.

Les jeux de hasard en droit pénal marocain

Mariam ADDAM
Doctorante en droit privé, FSJES-Oujda

Résumé

Le jeu de hasard est l'objet d'un encadrement particulier par la norme pénale. Le dispositif pénal marocain qui régit le domaine des jeux de hasard, une législation pénale ancienne, pose des principes d'interdiction de ces jeux. Il ne s'agit pas pour le droit pénal de réprimer toutes les formes des jeux, il accorde certaines exceptions.

L'encadrement pénal des jeux a pour but de protéger les personnes qui pratiquent ces jeux, spécialement les mineurs, et préserver l'ordre public. Aussi, il a pour but de lutter contre toutes les formes de fraudes et menaces criminelles organisées dans le secteur des jeux.

Mots clés : jeu de hasard, jeu d'argent, pari, droit pénal des jeux, protection des joueurs.

Introduction

Les jeux de hasard et d'argent sont depuis quelques temps à l'avant-plan de l'actualité mais, dans l'histoire de l'humanité, ils ont toujours existé et toujours été controversés[69]. Ces dernières années, les jeux de hasard et d'argent ont connu un développement marquant, notamment avec l'apparition des jeux en ligne. Ils sont devenus beaucoup plus accessibles dans l'ensemble des Etats du monde. Chaque Etat encadre et légalise les activités de ces jeux.

Le jeu est une activité physique ou intellectuelle, non imposée mais soumise à des règles conventionnelles, à laquelle on s'adonne pour se divertir[70].

Selon l'évolution des jeux d'argent au Maroc, les jeux existent au Maroc depuis 1952, date de création du premier casino. Ainsi, il y avait création de plusieurs sociétés de jeux. La MDJS a été créée en 1962, elle détient le monopole de l'organisation et de l'exploitation des concours de pronostics portant sur les compétitions sportives[71]. La loterie nationale, de son côté a été créée par la loi n°23-71 relative à la loterie nationale et aux loteries autorisées en 1971[72]. Enfin, la société royale d'encouragement du cheval a été créée en 2003[73]. C'est une entreprise publique sous tutelle du ministère de l'agriculture et de la pêche maritime. Elle a pour mission d'exploiter les jeux hippiques.

Du point de vue juridique, un jeu de hasard est un contrat aléatoire[74]. C'est une convention dans laquelle les chances de gains ou de pertes pour

---

[69] Serge CHEVALIER, Denis ALLARD, Pour une perspective de santé publique des jeux de hasard et d'argent, Institut national de santé publique du Québec, octobre 2001, p.1.

[70] Elisabeth Fortis, l'addiction au jeu d'argent, éditions A. Pédone « archives de politique criminelle », n°31,2009, p.79.

[71] *http://www.marocainejeux.com/recette/marocaine-des-jeux-et-des-sports/histoire, consulté le 20 aout 2020, à15h.*

[72] *https://www.loterie.ma/nous-connaitre/qui-sommes-nous/notre-histoire/, consulté le 20 aout 2020, à15h30.*

[73] *https://www.sorec.ma/fr/historique_missions/*, consulté le 20 aout 2020, à15h20.

[74] Selon les dispositions du DOC (article 1092 à l'article 1097), le jeu de hasard est un contrat aléatoire.

l'une comme pour l'autre des parties, sont liées à la survenance d'un événement, ou dont on ne peut connaître à l'avance s'il interviendra ou quand il se produira, et quelles en seront les conséquences[75].

Il ne s'agit pour le droit pénal marocain d'interdire les jeux de hasard, mais de sanctionner les personnes auteurs des délits de la tenue des maisons de ces jeux. Cependant, en France, la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries et celle du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard posent le principe général de l'interdiction des jeux d'argent.

Le code pénal marocain a cité dans son section 7, des infractions relatives à la réglementation des maisons de jeux, des loteries et des maisons de prêt sur gage. La tenue d'une maison de jeux est donc un délit dont la sanction se varie entre un mois et 5 ans d'emprisonnement.

La législation pénale des jeux d'argent et de hasard poursuit des objectifs différents, notamment en termes d'interdiction de la tenue des maisons de jeux, sans autorisation des autorités publiques, et la protection des consommateurs de ces jeux, et également la protection de l'ordre public.

L'étude des dispositions de la législation pénale des jeux qui sera l'objet de notre article. Il est donc nécessaire de savoir, Comment le droit pénal a réglementé le secteur des jeux, afin de lutter contre les jeux illicites et les crimes organisés dans ce secteur. Et quelle protection accordée aux consommateurs de ces jeux.

Dans cet article, nous avons opté pour un plan binaire, en abordant dans une première partie, l'interdiction des jeux d'argent et de hasard **(I)**, et dans une deuxième partie, les finalités de la régulation de ces jeux **(II)**.

I- Interdiction des jeux d'argent et de hasard

En droit marocain, l'interdiction des jeux d'argent et de hasard est régie par les articles 282 à 286 du code pénal. Le fait d'ouvrir une maison de

[75] Serg BRAUDO, Dictionnaire du droit privé, consulté sur : https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/aleatoire.php#:~:text=%22Al%C3%A9atoire%22%20est%20l'adjectif,quelles%20en%20seront%20les%20cons%C3%A9quences.

jeux de hasard y admet le public, sans autorisation de l'autorité publique, est sanctionné sur le plan pénal[76].

L'article 282 du code pénal prévoit deux infractions relatives aux jeux d'argent et de hasard, la première infraction est celle de la tenue d'une maison de jeux sans autorisation des autorités publiques **(A)**, la deuxième infraction est celle de l'installation des appareils de jeux dans les lieux publiques**(B)**.

A. Prohibition de la tenue d'une maison de jeux

Le délit de la tenue d'une maison de jeux est cité par le code pénal. Ce délit dont la constitution nécessite la réunion de plusieurs éléments**(1)**, a fait l'objet d'une sévère répression**(2)**.

1. La constitution du délit

En application de l'article 282 du code pénal, le délit de la tenue d'une maison de jeu suppose la réunion de trois éléments, à savoir, une maison, un accès libre au public, et la pratique de jeux de hasard.

- **La tenue d'une maison de jeux de hasard**

L'article 282 du code pénal dispose qu'ils «sont punis de l'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de mille deux cent à cent mille dirhams ceux qui, sans autorisation de l'autorité publique : 1° tiennent une maison de jeux de hasard et y admettent le public, soit librement, soit sur la présentation d'affiliés, de rabatteurs ou de personnes intéressées à l'exploitation. Il en est de même des banquiers, administrateurs, préposés ou agents de cette maison ».

Par cette disposition, le législateur a voulu sanctionner les auteurs du délit d'une maison de jeux de hasard. En effet, le code pénal ne sanctionne pas la pratique des jeux d'argent et de hasard, il sanctionne les auteurs du délit de la tenue d'une maison de jeux sans autorisation des autorités publiques.

La juriprusdence[77] marocaine a considéré que la modification unilatérale, sans consentement du propriétaire, de la destination des lieux

[76] Article 282 du Dahir n°1-59-413 du 26 novembre 1962 (28 joumada II 1382) portant approbation du texte du code pénal.

[77] Cass, com, n° 1244, dossier n°148/03/02/2008, du 02/09/2009, publié sur : jurisprudence.ma, consulté le 23/08/2020, à 17h46min.

loués, par l'exploitation dans une activité illicite(les jeux d'argent et de hasard), constitue un motif grave justifiant l'éviction sans indemnité.

La loi marocaine n'évoque pas la forme juridique des établissements de jeux. Elle utilise le terme « maison ». Il est donc nécessaire de s'interroger sur la notion de maison de jeux.

La loi ne définit pas matériellement la maison de jeux. Le terme « maison » de jeux peut désigner certes un édifice, mais aussi par extension, une entreprise[78]. En effet, la maison de jeux doit être un local fixé.

Il faut souligner que les établissements de jeux au Maroc sont des sociétés anonymes. C'est le cas de la Marocaine des jeux et des sports (MDJS), cette dernière est une société anonyme au capital social de 5.000.000 dirhams, elle est chargée d'organiser des jeux de pronostics sportifs. Ainsi, la société royale d'encouragement du cheval (SOREC) est juridiquement une société anonyme de droit privé soumise à la loi n°17-95 relative aux sociétés anonymes. Elle est chargée d'organiser les paris hippiques, sous la tutelle du ministère de l'agriculture et de la pêche maritime.

En disposant le délit de la tenue d'une maison de jeux, le législateur marocain a pour but de renforcer l'interdiction des jeux non autorisés.

- **La tenue d'une maison de jeux ouverte au public :**

La constitution du délit de la tenue d'une maison de jeux ouverte au public, nécessite l'existence d'une maison accessible par le public. La loi incrimine toute personne qui tienne des loteries ou autres jeux de hasard, dans les rues, chemins ou lieux publics[79].

Ainsi, le propriétaire d'une maison qui organise un jeu de hasard entre amis, n'est pas en danger de se voir condamner pour tenue de maisons de jeux de hasard non autorisées, à condition toutefois que ces réunions conservent le caractère privé[80].

[78] Jean Baptiste VILLA, Etat et jeux d'argent –les jeux sont-ils faits ?, L'Harmattan, 2014, paris,p.62.
[79] Alinéa 10, article 609 du code pénal.
[80] Imad NAHAS, Le jeu et le pari en droit, thèse de doctorat en droit, soutenue le 07 janvier 2014, Université Panthéon –Assas, p.68.

La tenue de jeux de hasard dans une maison privée n'est pas punissable dans la mesure où seuls l'occupant des lieux, sa famille ou ses invités y prennent part.

En effet, la loi incrimine le fait de participer à la tenue d'une maison, y compris en tant que banquier et administrateur. Il est à l'interprétation jurisprudentielle de déterminer si la maison de jeu est tenue pour le public. Dans ce cadre, il est important de citer quelques affaires relatives à ce sujet.

Une maison ouverte au public peut viser une maison privée où le public est librement admis ou si l'entrée en est subordonnée à un contrôle de pure forme, comme la présentation d'un affilié[81]. La jurisprudence marocaine a jugé que l'exploitation illicite de jeux d'argent et de hasard, constitue un délit et donne lieu à l'indemnité. Ainsi, dans une affaire égyptienne, il a été considéré que le fait d'ouvrir une maison privée pour l'exploitation des jeux d'argent, constitue un lieu accessible au public[82].

Dans une autre affaire du 17 décembre 2014[83], la cour de cassation française a considéré que la tenue illicite d'une maison de jeux peut être établie indépendamment des critères d'habitude et de pérennité, qui ne sont pas exigés par la loi.

La tenue des maisons de jeux sans non autorisés constitue certes, un risque pour la santé publique, ce qui nécessite l'aggravation de la sanction et le renforcement de la protection du consommateur.

- **La pratique des jeux de hasard :**

Pour que le délit de la tenue d'une maison de jeux soit constitué, il faut que le jeu pratiqué dans cette maison, soit un jeu de hasard. Dans ce cadre, il est important de définir le jeu de hasard. Le droit marocain n'a donné aucune définition des jeux d'argent et de hasard.

Du point de vue de la doctrine marocaine, les jeux de hasard sont des jeux dont l'ensemble ou l'essentiel offrent moyennant une mise, la chance

[81] Jean Baptiste vila (SD), op.cit., p.54.

[82] http://egyptian-low2.blogspot.com/2016/02/blog-post_53.html, consulté le 16 aout 2020, à 17h23.

[83] Cass., crim, n°13-86617, du 17 décembre 2014, consulté sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029932509, consulté le 10/08/2020, à 12h58min.

de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel, cette chance dépendant uniquement ou essentiellement du hasard[84].

Parmi les jeux de hasard existants au Maroc, il s'agit des loteries. La loterie est définie par l'article 284 du code pénal, comme toute opération proposée au public sous quelque dénomination que ce soit et destinée à faire naitre l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort.

De sa part, le droit français[85] et conformément à la jurisprudence, a donné la définition suivante des jeux de hasard : « Est un jeu de hasard un jeu payant où le hasard prédomine sur l'habileté et les combinaisons de l'intelligence pour l'obtention d'un gain ».

Le jeu de hasard peut prendre deux formes :

-soit ce sont les joueurs eux-mêmes qui engagent leurs enjeux sur leurs chances respectives de succès ;

-soit ils engagent leurs enjeux sur des parties auxquelles ils ne prennent pas part eux-mêmes et il s'agit dans ce cas d'un pari.

2. La répression des auteurs du délit :

La législation pénale du jeu garantit la répression des auteurs du délit. La tenue des maisons de jeux sans autorisation, constitue un délit grave en matière de jeux d'argent. Ces maisons étant une source de nombreux troubles sociaux et sécuritaires. Quelles sont donc les personnes concernées par cette sanction ?

Le législateur pénal sanctionne toute personne participant à la tenue d'une maison de jeux, y compris le banquier, l'administrateur, préposés ou agent de cette maison[86].

- **Les personnes incriminées**

En application de l'article 282 du code pénal, le délit consistant à la tenue d'une maison de jeux, est commis par tous ceux qui participent à la

[84] EL AFIFI Ikram et EL MOURZBANI Samira, Contribution à l'identification des pratiques des jeux du hasard au Maroc, mémoire soutenu pour l'obtention d'un diplôme en second cycle, institut supérieur international du tourisme de Tanger, 2002, p.8.
[85] Article 2 de la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.
[86] Article 282 du code pénal.

tenue de cette maison, y compris le banquier, l'administrateur, préposés ou agent de cette maison.

Ce texte punit également le fait d'établir ou de tenir sur la voie publique ou dans un lieu public tout jeu de hasard non autorisé par la loi.

Les joueurs ne sont pas punissables, à moins qu'ils aient participé à l'organisation ou à l'administration de la maison de jeux illégale. Les joueurs et les parieurs ne risquent pas de se faire poursuivre pénalement, à l'instar des autres délits se rapportant aux jeux de hasard[87].

La loi incrimine le fait de participer à la tenue d'une maison y compris en tant que banquier, administrateur.

- **Les peines encourues**

Afin d'assurer le respect du principe d'égalité devant la loi qui commande que la tenue d'une maison de jeux sans autorisation de l'autorité publique, le code pénal prévoit des sanctions à cet égard.

En application de l'article 282 du code pénal, il est sanctionnée toute personne qui tienne une maison de jeux de hasard et y admettent le public, sans autorisation de l'autorité publique. Ces personnes sont punies de l'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de mille deux cent à cent mille dirhams.

Ainsi, les peines sont portées au double lorsque des enfants de moins de dix-huit ans sont attirés dans les lieux visés dans le texte. La loi prévoit que les coupables peuvent être frappés pour une durée de deux à cinq ans de l'interdiction d'un ou plusieurs droits civils ou de famille.

L'article 610 du code pénal prévoit également la confiscation des tables, instruments, appareils de jeux ou de loterie, ainsi que les enjeux, fonds, denrées, objets ou lots proposés aux joueurs.

En matière de publicité, ils sont punis d'un emprisonnement d'un à trois mois et d'une amende de 200 à 1000 dirhams, ceux qui par des avis annonces ou par tout autre moyen de publicité, font connaitre l'existence des loteries[88].

[87] Véronique DEGERMANN, Jean-Pierre ALERZA, Le droit pénal des jeux, Revue Le seuil « pouvoirs », n°139, 2011, p.107.
[88] Article 285 du code pénal.

B. Prohibition des appareils de jeux

A côté du délit relatif à la tenue des maisons de jeux sans autorisation des autorités publiques, la législation pénale prévoit un autre délit. Ce délit est relatif à l'installation des appareils de jeux dans les lieux publics

L'article 282 du code pénal sanctionne également, ceux qui installent sur la voie et dans les lieux publics, notamment dans les débits de boissons, des appareils distributeurs d'argent, de jetons de consommation et d'une manière générale des appareils dont le fonctionnement repose sur l'adresse ou le hasard et qui sont destinés à procurer un gain ou une consommation moyennant un enjeu.

1. Les appareils prohibés

En application de l'article 282 du code pénal, les appareils prohibés sont des appareils dont le fonctionnement repose sur l'adresse ou le hasard et qui sont destinés à procurer un gain ou une consommation moyennant un enjeu. Le législateur interdit l'installation de ces appareils dans les lieux publics, notamment dans les débits de boissons. Quelle est la nature des appareils jeux ?

Le législateur marocain n'a pas défini ces appareils, il prévoit leur nature. En effet, les appareils prohibés contiennent les appareils de jeux dont le fonctionnement repose sur l'adresse ou le hasard.

Il existe plusieurs types des appareils de jeux, parmi lesquels les machines à sous. Une machine à sou est un appareil électronique ou mécanique. C'est un mécanisme de jeux de hasard et d'argent qui ne demande aucune stratégie ou habileté particulière. Dès lors, le gain repose uniquement sur la chance[89].

Ces machines, où à chaque coup, tout est possible, suivent cependant une règle générale. Elles sont programmées pour remettre aux joueurs des gains, d'un montant inférieur ou total des sommes que ces appareils reçoivent. Cependant, toutes les machines ne sont pas réglées à un taux fixé. Le taux varie d'une machine à l'autre. Or, les différentes versions se ressemblent, les joueurs n'ont aucun moyen de connaître le taux de paiement de la machine à laquelle ils jouent. Donc, même s'il est possible de calculer les chances de gagner et de perdre à d'autres formes de jeux de

[89] https://www.slotsmobile.fr/machine-a-sous/, consulté le 02/09/2020, à 10h43.

hasard et d'argent, seules les machines à sous retiennent l'information nécessaire pour déterminer ces probabilités[90].

Conscient de la dangerosité des appareils de jeux, le législateur marocain prohibe tout appareil dont le fonctionnement repose sur l'adresse et le hasard. La dangerosité de ces appareils consiste notamment dans l'addiction des consommateurs.

Certes, l'addiction des jeux d'argent constitue un phénomène social qui bouleverse la vie des individus. Le modèle médical » définit le fait de jouer en termes de pathologie potentielle, comme quelque chose qui ruine la vie des individus, des familles et des communautés[91].

Le droit pénal incrimine donc tout appareil de jeux, dont le fonctionnement fondé sur un enjeu, afin de protéger les personnes qui pratiquent ces jeux.

2. Les peines encourues

Vu la dangerosité des appareils de jeux de hasard, le législateur a mis en place un arsenal répressif, censé dissuader les auteurs de ce délit.

Le délit posé à l'article 282 du code pénal est constitué dès lors qu'il y a installation des appareils de jeux dans les lieux publics, ainsi dans les débits de boissons. Les peines sont tout comme pour le délit de la tenue d'une maison de jeux sans autorisation de l'autorité publique, Les auteurs de ce délit sont sanctionnés de l'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de mille deux cent à cent mille dirhams.

Les peines sont portées au double lorsque des enfants de moins de 18 ans sont attirés dans les lieux publics.

En plus des peines susmentionnées, les personnes concernées par le délit d'installation des appareils de jeux, encourent des peines complémentaires suivantes :

- Interdiction d'un ou plusieurs droits civiques ou de famille, pour une durée de deux à cinq ans.

---

[90] https://www.problemgambling.ca/gambling-help/fr/gambling-information/about-slot-machines.aspx, consulté le 02/09/2020, à11h.

[91] Johanna Järvinen-Tassopoulos, Les jeux d'argent : un nouvel enjeu social ?, revue De Boeck Supérieur « pensée plurielle, n°23, 2010, p.70.

- Confiscation des fonds ou effets exposés comme enjeux, de ceux saisis dans les caisses de l'établissement ou trouvés sur la personne des tenanciers et de leurs agents, ainsi que de tous meubles ou objets mobiliers dont les lieux sont garnis ou décorés et du matériel destiné ou employé au service des jeux[92].

La loi française sur les jeux de hasard sanctionne l'importation, la fabrication et l'exploitation de ces machines. L'ordonnance réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard stipule : « L'importation ou la fabrication de tout appareil dont le fonctionnement repose sur le hasard et qui permet, éventuellement par l'apparition de signes, de procurer moyennant enjeu un avantage direct ou indirect de quelque nature que ce soit, même sous forme de parties gratuites, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 90 000 euros d'amende »[93].

Enfin, le droit pénal du jeu a de multiples objectifs, tels que la protection de l'ordre public et la protection des joueurs. La législation pénale est consacrée à la sanction résultant de la pratique du jeu.

I. Les finalités de la régulation pénale du jeu

D'après la lecture des dispositions de la législation pénale relatives aux jeux de hasard, il convient de souligner que le législateur prévoit des objectifs différents, dont la protection des joueurs **(A)** est un objectif primordial, et également la protection de l'ordre public **(B)**.

A. La protection des joueurs

Les jeux d'argent peuvent créer des situations de dépendance ou d'excès chez les populations les plus fragiles, en particulier chez les mineurs. Des États n'ont légiféré que tardivement sur ce sujet important. Les connaissances et la recherche continuent à progresser pour éviter que, comme cela a pu arriver, certains jeux comportent des facteurs d'addiction[94].

[92] Article 282 du code pénal.

[93] L'article L-324-4, ordonnance n°2019-1015 du 2 octobre 2019 réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard, publié sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000039167499&categorieLien=id.

[94] Christophe Blanchard-Dignac, La révolution numérique des jeux d'argent, revue Le Seuil « pouvoirs », n°139, 2011, p.27.

La protection du consommateur contre l'addiction aux jeux nécessite l'intervention de l'Etat. Vu le risque que revêt les jeux d'argent, voir l'addiction. Le législateur a décidé de protéger le joueur.

Le texte de loi prévoit la protection des joueurs en général **(1)**, mais aussi la protection des mineurs**(2)**.

1. La protection des joueurs contre l'addiction

Il est bien connu que la consommation des jeux de hasard a des conséquences graves sur les personnes qui pratiquent ces jeux. Pour cela, le droit pénal interdit la tenue des maisons de jeux accessibles au public. Ainsi, la consommation de ces jeux peut donner lieu à l'addiction.

Selon le dictionnaire Larousse, l'addiction est un processus par lequel un comportement humain permet d'accéder au plaisir immédiat tout en réduisant une sensation de malaise interne. Il s'accompagne d'une impossibilité à contrôler ce comportement en dépit de la connaissance de ses conséquences négatives[95].

Le jeu addictif est semblable à l'alcool et aux drogues. Par le jeu, la personne ayant un problème de jeu addictif maintient un ensemble de comportements qui mettent en péril sa vie personnelle, familiale ou professionnelle avec des effets corrélés éventuels pour poursuivre son addiction : vol, alcool, etc. Il s'agit du jeu pathologique dont le joueur devient incapable de limiter la place du jeu dans sa vie ; le jeu devient le sens de son existence au détriment de ses autres activités familiales et sociales[96].

Le président de l'association marocaine des psychiatres de l'exercice privé annonce qu' « au niveau cérébral, les travaux ont montré qu'au cours de certaines situations ou activités qui procurent du plaisir qui provoque un sentiment de bien-être et entraine physiquement une disparition des tensions »[97].

L'addiction des jeux d'argent, et notamment l'addiction des jeux en ligne est un phénomène sociale qui peut induire le joueur à une situation de

---

[95] https://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/addiction/

[96] Jean-Claude LAVIGNE, Les jeux d'argent, éditions du cerf, « revue d'éthique et de théologie morale », n°262, 2010, p.26.

[97] Leconomiste.com/article/internet-jeux-de-hasard-brdu-divertissement-la-phatologie, consulté le 28 aout 2020, à19h.

dépendance. C'est pourquoi le législateur interdit la tenue d'une maison de jeux y admettent le public.

Le phénomène de l'addiction aux jeux est un phénomène qui touche la société. La lutte contre l'addiction nécessite une stratégie de prévention, et la sensibilisation des personnes de la gravité de ces jeux.

2. La protection des mineurs

Il est indéniable que les jeux d'argent et de hasard présentent des inconvénients comme le cas de l'addiction. C'est pour cette raison, la législation pénale vise à protéger le joueur en général et également le mineur.

La protection des joueurs et plus spécifiquement des joueurs mineurs est le premier objectif du droit pénal marocain. L'article 282 du code pénal stipule : « Les peines sont portées au double lorsque des enfants de moins de dix-huit ans sont attirés dans les lieux visés au présent article ». La loi prévoit d'interdire l'accès aux jeux d'argent et de hasard aux personnes âgées de moins de 18 ans.

La protection des joueurs, notamment les joueurs mineurs est le souci majeur de différentes législations du monde. Dans ce cadre, la loi[98] française sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dispose, dans son article premier : « l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé des mineurs ». Ainsi, dans l'article 3 de la même loi prévoit que : « la politique de l'Etat en matière de jeux d'argent et de hasard a pour objectif de limiter et d'encadrer l'offre et la consommation des jeux et d'en contrôler l'exploitation afin de: 1-prévenir le jeu excessif ou pathologique et protéger les mineurs ».

Les jeux d'argent et de hasard sont interdits aux mineurs. Les opérateurs de jeux doivent faire obstacle à l'adhésion de mineurs aux activités de jeux. Dans ce cadre, la charte de la marocaine des jeux et des

[98] Loi n°2010-476 du 12 mai 2010 à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, consulté sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022204510&categorieLien=id.

sports relative[99] à la protection des données personnelles des utilisateurs de son site internet et de services, cette charte prévoit dans le paragraphe 7 que : « Les jeux en ligne proposés par l'opérateur sont interdits aux personnes âgées de moins de 18 ans. Par conséquent, ces personnes ne peuvent pas ouvrir un compte sur le Site internet. Si 'opérateur constate qu'un mineur n'a pas respecté cette interdiction, il pourra refuser la collecte des données transmises et prendre les dispositions nécessaires pour les supprimer ». Ainsi, la MDJS a exigé les conditions d'accès à son site internet, parmi lesquelles ; le compte créé sur le site internet doit être le comte d'une personne physique âgée de 18 ans et plus[100].

De sa part, la société royale d'encouragement du cheval annonce que le jeu reste uniquement un plaisir et un moyen de divertissement, La SOREC promet un modèle de jeu responsable basé sur la protection des mineurs et la prévention des comportements de jeu excessif, et ce dans le cadre de sa politique de "Jeu Responsable".

A côté du droit pénal qui veille à la protection des mineurs, en interdisant à ces derniers d'accéder aux activités de jeux d'argent, les opérateurs de jeux sont obligés d'interdire à cette catégorie de personnes toute inscription à leurs sites.

Enfin, le droit pénal du jeu a le but de protéger un intérêt privé qui est la protection des joueurs, et spécialement la protection des mineurs. En effet, la problématique du jeu est un phénomène social qui touche la société.

B. Protection de l'ordre public

La loi vise à incriminer un comportement, lorsque ce comportement est contraire à l'ordre public, voir la commission d'un fait illicite. Afin de protéger l'ordre public, la législation pénale des jeux d'argent prévoit l'interdiction de la publicité des jeux **(1),** la prévention du blanchiment de capitaux**(2).**

[99] La Marocaine des jeux et des sports (MDJS) est une société des jeux et des sports, société anonyme ayant son siège social à Casablanca, représentée par son directeur général M. Younés EL MECHRAFI.

[100] Conditions générales des jeux accessibles via le site web www.mdjsjeux.ma, publié sur le site officiel de la MDJS.

1. Interdiction de la publicité des jeux

La tenue des maisons de jeux est soumise à la répression pénale. Comme il a été mentionné dans la première partie, la tenue des maisons de jeux d'argent sans autorisation des autorités publiques est sanctionnée de trois à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de mille deux cent à cent mille dirhams.

Par ailleurs, la loi interdit la publicité des jeux. Dans ce cadre, l'article 285 du code pénal stipule : « sont punis… ceux qui, par des avis, annonces, affiches ou par tout autre moyen de publicité, font connaître l'existence de ces loteries, ou facilitent l'émission de leurs billets ». A cet égard, il faut signaler que le texte n'a pas interdit la publicité de tous les jeux de hasard. L'article 285 punit seulement ceux qui, par n'importe quel moyen de publicité, font connaitre l'existence des loteries.

Une loterie constitue un jeu d'argent et de hasard. C'est une opération offerte au public sous quelque dénomination que ce soit et destiné à faire naitre l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort[101]. En effet, la loterie est un jeu de hasard ou l'on distribue un certain nombre de billets numérotés et où des lots sont distribués à ceux qui sont désignés par le sort[102].

Le fait de la publicité des jeux d'argent et de hasard, par quelque moyen que ce soit, est sanctionné d'un emprisonnement d'un à trois mois et d'une amende de 200 à 1000 DH.

En outre, une loi relative à la communication audiovisuelle[103] a été adoptée en 2013. Cette loi qui interdit la publicité de tous les jeux de hasard, notamment dans ses articles 2, 8 et 9. Elle sanctionne le fait de publier un message publicitaire en faveur de tout service ou produit préjudiciable à la santé des individus, tels les jeux de hasard et les paris[104]. La loi prévoit une sanction d'une amende de 20.000 à 100.000 DH, en cas

[101] Article 284 du code pénal.
[102] Jean-Baptiste VILA (SD), op.cit., p.59.
[103] Loi n°83-13 complétant la loi 77-03 relative à la communication audiovisuelle.
[104] Article 2 du dahir n°1-15-120 du 04 aout 2015 (18 chaoual 1436) portant promulgation n°83-13 complétant la loi 77-03 relative à la communication audiovisuelle.

de diffusion d'un message publicitaire interdit par la loi. Les sanctions sont portées au double en cas de récidive[105].

En interdisant la publicité des jeux, le législateur intervient pour assurer la prévention des risques liés à ces jeux. Ainsi, le seul fait de la publicité des jeux d'argent et de hasard, par quelque moyen que ce soit, est sanctionné pénalement.

2. La lutte contre le blanchiment de capitaux

Utiliser les jeux et paris pour escroquer, fonder et blanchir des fonds a toujours été considéré comme une activité très prisée par la grande criminalité. Les procédés classiques de blanchiment sont connus : ils consistent à utiliser des jeux truqués pour expliquer la provenance de gains ou à racheter les gains de joueurs[106].

Le blanchiment de capitaux est un délit pénalement sanctionné, il consiste dans l'utilisation illicite des biens, dans le but de dissimiler la nature véritable de ces biens.

La loi relative au blanchiment de capitaux sanctionne un ensemble de personnes, parmi lesquelles les personnes exploitants ou gérant des casinos ou des établissements de jeux de hasard sur internet[107]. En effet, la loi a pour but de prévenir le fait d'exploitation des jeux d'argent à des fins frauduleuses notamment la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Le secteur des jeux est particulièrement attractif pour les blanchisseurs, car les jeux entrainent la manipulation d'importantes sommes d'argent liquide[108]. Pour cela, les établissements et sociétés organisant les jeux d'argent et de hasard sont obligés de déclarer l'identité de leur clientèle, afin de lutter contre le blanchiment de capitaux. Dans ce cadre, l'article 3 de la loi relative au blanchiment de capitaux stipule : « Les personnes assujetties sont tenues de recueillir tous les éléments d'information

---

[105] Article 8 du dahir n°1-15-120 du 04 aout 2015 (18 chaoual 1436) portant promulgation n°83-13 complétant la loi 77-03 relative à la communication audiovisuelle.

[106] Véronique DEGERMAN, Jean-Pierre ALEZRA, Le droit pénal du jeu, revue Le seuil « Pouvoirs », n°139, 2011, p.112.

[107] Article 2, de la loi n° 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, promulguée par le Dahir n°1.07.79 du 17 avril 2007 (28 rabii I 1428), BO.n°5522 du 03 mai 2007 (15 rabii II 1428), complétant le code pénal.

[108] Guilhem JULIA (SD), jeu, argent et droit, Dalloz, 2013, p.45.

permettant de déterminer et de vérifier l'identité de leur clientèle habituelle ou occasionnelle et des bénéficiaires effectifs ».

Par ailleurs, les établissements et les sociétés des jeux d'argent et de hasard sont soumis à l'obligation de déclaration de l'identité des joueurs. A titre d'exemple, la société marocaine des jeux (MDJS) oblige les joueurs à créer un compte joueur. Ce compte doit indiquer les information personnelles de chaque joueur (nom et prénom, date de naissance, CIN, adresse du domicile, nom d'utilisateur et mot de passe, question et réponse de sécurité, confirmation de majorité, adresse email et relevé d'identité bancaire).

En matière de sanction, l'auteur de blanchiment est sanctionné d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et une amende de 20.000 à 100.000 dirhams, lorsqu'il s'agit d'une personne physique. Pour les personnes morales, la sanction est d'une amende de 500.000 à 3.000.000 de dirhams, sans préjudice des peines qui pourraient être prononcées à l'encontre de leurs dirigeants et agents impliqués dans les infractions[109].

Les sociétés de jeux jouent un grand rôle dans la lutte contre la fraude il revient donc aux organisateurs des jeux de lutter contre la fraude et les activités criminelles, y compris le blanchiment de capitaux.

Enfin, le droit pénal du jeu a pour finalité d'assurer la protection des joueurs, de l'ordre public et de lutter contre les activités criminelles, tel que le blanchiment de capitaux. Ainsi, l'interdiction de la publicité des jeux est une démarche importante adoptée par la législation pénale. En effet, l'activité des jeux d'argent porte atteinte à l'ordre public, car le jeu porte atteinte à l'intégrité physique et psychique des personnes.

[109] Article 574.3 de la loi n°43-05 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, telle que modifiée et complétée par la loi n°13-10 et la loi n°145-12.

Conclusion

En définitive, pour mettre fin à toute pratique illégale des jeux d'argent et de hasard, le législateur marocain s'attaque à l'organisateur de ces jeux en posant des sanctions pénales. Ainsi, la tenue d'une maison de jeux est conditionnée par une autorisation des autorités publique.

Vu le développement des jeux d'argent et de hasard, notamment les jeux sur internet, la législation pénale marocaine mérite d'être modernisée pour encadrer le secteur des jeux. En effet, la réforme de la loi relative aux jeux de hasard est nécessaire.

Il convient de souligner qu'il y a des efforts réalisés par le législateur marocain en matière du droit pénal des jeux d'argent et de hasard, précisément en tout ce qui concerne la protection des joueurs en général, et spécifiquement la protection des mineurs. Cependant, la protection des joueurs pèse également sur les établissements de jeux.

Le droit pénal incrimine la tenue des maisons de jeux d'argent, mais il reste un grand défi relatif à ces jeux. C'est le développement rapide des jeux sur internet. Il y a une grande lacune juridique des jeux d'argent au Maroc et surtout les jeux sur internet, qui mérite d'être comblée. Dans ce cadre, la législation étrangère a encadré les jeux en ligne. C'est le cas de la loi française relative aux jeux en ligne (la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne).

Bibliographie:

I. Ouvrages :

1. Jean Baptiste VILLA, Etat et jeux d'argent –les jeux sont-ils faits ?, L'Harmattan, 2014, paris, 382 p.

2. Serge CHEVALIER, Denis ALLARD, Pour une perspective de santé publique des jeux de hasard et d'argent, Institut national de santé publique du Québec, octobre 2001,

II. Articles

1. Christophe Blanchard-Dignac, La révolution numérique des jeux d'argent, revue Le Seuil « pouvoirs », n°139, 2011, pp.25-38.

2. Elisabeth Fortis, l'addiction au jeu d'argent, éditions A. Pédone « archives de politique criminelle », n°31,2009, pp.79-91.

3. Jean-Claude LAVIGNE, Les jeux d'argent, éditions du cerf, « revue d'éthique et de théologie morale », n°262, 2010, pp.7-35.

4. Johanna Järvinen-Tassopoulos, Les jeux d'argent : un nouvel enjeu social ?, revue De Boeck Supérieur « pensée plurielle, n°23, 2010, pp.65-76

5. Véronique DEGERMANN, Jean-Pierre ALERZA, Le droit pénal des jeux, Revue Le seuil « pouvoirs », n°139, 2011, pp.103-118.

III. Thèses :

1. Imad NAHAS, Le jeu et le pari en droit, thèse de doctorat en droit, soutenue le 07 janvier 2014, Université Panthéon –Assas, 411 p.

2. EL AFIFI Ikram et EL MOURZBANI Samira, Contribution à l'identification des pratiques des jeux du hasard au Maroc, mémoire soutenu pour l'obtention d'un diplôme en second cycle, institut supérieur international du tourisme de Tanger, 2002, 126 p.

IV. Textes juridiques et réglements :

1. Dahir n°1-59-413 du 26 novembre 1962 (28 joumada II 1382) portant approbation du texte du code pénal.

2. loi n° 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, promulguée par le Dahir n°1.07.79 du 17 avril 2007 (28 rabii I 1428), BO.n°5522 du 03 mai 2007 (15 rabii II 1428), complétant le code pénal.

3. Dahir n°1-15-120 du 04 aout 2015 (18 chaoual 1436) portant promulgation n°83-13 complétant la loi 77-03 relative à la communication audiovisuelle.

4. loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

5. Règlement général des concours de pronostics sportifs dénommés « Cote et Sport », approuvé par la MDJS, le 04 octobre 2011.

6. règlement général des concours de pronostics sportifs dénommés « TOTOFOOT14 », approuvé par la MDJS, en octobre 2011.

7. règlement général du jeu de loterie sportive dénommée « CHRONO», approuvé par la MDJS, en octobre 2011.

8. Conditions générales des jeux accessibles via le site web www.mdjsjeux.ma, publié sur le site officiel de la MDJS.

V. Jurisprudence :

1. Cass., crim, n°13-86617, du 17 décembre 2014.

2. Cass, com, n° 1244, dossier n°148/03/02/2008, du 02/09/2009.

VI. Sites internets :

1. http://www.marocainejeux.com/recette/marocaine-des-jeux-et-des-sports/histoire

2. https://www.loterie.ma/nous-connaitre/qui-sommes-nous/notre-histoire/

3. https://www.sorec.ma/fr/historique_missions/

4. https://www.larousse.fr

Du principe d'égalité ou du principe d'équité ?

NYANDA MKAMWA Williams
Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques,
Université de Yaoundé II-Soa (Cameroun)

Résumé : *Faut-il parler du principe d'égalité ou du principe d'équité ? La conception et la mise en œuvre du principe d'égalité en tant qu'instrument juridique permettant de réduire voire d'éradiquer les injustices sociales, les inégalités entre les sujets de droit, nous montrent à suffisance, que l'égalité recherchée par ledit principe n'est pas une égalité arithmétique, mais une égalité réelle, c'est-à-dire l'équité. C'est qu'en effet, lorsqu'il est appréhendé dans la logique de l'égalité formelle, le principe d'égalité est un véritable frein à l'efficacité de la règle de droit, en ce qu'il renforce les inégalités sociales. L'égalité en tant que notion juridique constitue un véritable concept flottant, car le contenu qui lui est assigné va bien au-delà de celui qu'on lui reconnaîtrait dans d'autres sillages. Ainsi, il sied plutôt de parler du « principe d'équité », dans la mesure où, c'est la recherche de l'équité qui justifie l'existence du principe d'égalité. Le principe d'équité est un instrument juridique indispensable à l'égalité réelle entre les sujets de droit en ce qu'il constitue le fondement d'une pratique très efficace dans la lutte contre les inégalités sociales, à savoir la discrimination positive.*

L'égalité de tous les citoyens devant la loi est un principe consacré avec plus d'envergure au lendemain de la révolution française de 1789, et qui s'est propagé à l'ensemble des Etats démocratiques. Selon l'article 1 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[110], « les hommes naissent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent qu'être fondées sur l'utilité commune ». Inspirée des exemples anglais[111] et

[110] Elle constitue l'acte le plus remarquable de la révolution française ; cette dernière désigne une période de dix années (1789-1799) qui va de l'ouverture des états généraux au coup d'Etat de Brumaire par le général BONAPARTE.

[111] Nous faisons allusion ici à la Magna carta (grande charte des libertés) de 1215, l'habeas corpus act de 1679.

américain[112], l'égalité consacrée par cet instrument français qui vient mettre un terme à la suprématie institutionnalisée et injustifiée d'une classe sociale sur les autres[113], est réitérée par la déclaration universelle des droits de l'Homme des Nations Unies du 10 décembre 1948, laquelle affirme que: « tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits. »[114]. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 quant à lui dispose : « les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune… »[115]. L'égalité des citoyens ainsi prônée, est un élément constitutif de l'Etat de droit. La quasi-totalité des lois fondamentales régissant les Etats[116], les conventions internationales ratifiées par lesdits Etats, consacrent le principe d'égalité. Sur le plan régional et plus particulièrement selon la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de juin 1981: « toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi »[117].

L'égalité des personne, des hommes, des citoyens telle qu'affirmée occupe une place de choix dans ces différents textes ; son caractère de droit fondamental n'est donc nullement contesté, de même que son érection en principe. Le droit à l'égalité, mieux, le principe d'égalité constitue la source de plusieurs autres droits reconnus à la personne humaine, notamment le droit à l'égal accès au service public, le droit de participer à la prise des décisions, à la gestion de la cité, le droit à la protection de la personne et ses biens par l'Etat …[118]. Cependant, comme l'affirme à juste titre la

[112] Notamment la déclaration d'indépendance des Etats-Unis de 1776, la constitution des Etats-Unis d'Amérique de 1787.

[113] En effet, la bourgeoisie y détenait l'ensemble du pouvoir de décision au regard des nombreux privilèges à elle reconnus, notamment le droit au suffrage censitaire.

[114] Article 1.

[115] Article 2(1).

[116] Au Cameroun par exemple, la constitution du 02 juin 1972 modifiée par la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 et révisée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 dispose en son préambule que : « tous les hommes sont égaux n droit et en devoirs. L'Etat assure à tous les citoyens, les conditions nécessaires à leur développement ».

[117] Article 3(1).

[118] Selon la tendance conceptualiste des droits fondamentaux, par opposition à la tendance constitutionnaliste desdits droits, le Pr Roger Gabriel NLEP procède au constat selon lequel, les droits fondamentaux ne sont pas seulement ceux consacrés par la constitution, la norme fondamentale. Il s'agit aussi des droits sans lesquels l'on ne saurait

doctrine : « la notion d'égalité est par essence ambivalente, puisqu'elle a pour devoir de faire coexister l'intérêt général avec des intérêts particuliers et individuels »[119]. La préservation de l'égalité entre les individus au sein d'un Etat de droit est soumise au strict respect de la préservation de l'intérêt général. Le principe d'égalité préconise un traitement semblable pour les cas semblables et un traitement différent, pour des cas différents[120]. L'égalité ainsi envisagée n'est pas une pas une égalité stricto sensu, une égalité mathématique, car en effet, le principe d'égalité ne prône cette égalité que dans des situations où les individus sont soumis aux mêmes conditions. Ce principe s'articule de ce fait en trois éléments : l'égalité devant la loi qui sous-entend la soumission de tous les citoyens, de la même manière, à la loi ; l'égalité dans la loi, c'est-à-dire la nécessité d'apporter des solutions différenciées aux variétés de situations devant être régies par la loi et les règlements ; et l'égalité par la loi qui n'est rien d'autre que le moyen pour le législateur, le gouvernement, de réduire les inégalités naturelles en rétablissant un minimum de justice sociale par le truchement de la loi[121]. Dès lors, le principe d'égalité tel que conçu et mis en œuvre depuis sa consécration au sein de l'Etat de droit, n'est-il pas en réalité, le principe d'équité ? Est équitable, ce qui est conforme à l'équité[122], c'est-à-dire à la justice naturelle, au respect des différences naturelles existant entre les individus. L'équité a pour but d'arriver à ce que chacun bénéficie d'un traitement juste, égalitaire et raisonnable[123], autrement-dit, elle est au service de l'égalité réelle entre les citoyens.

---

imaginer l'épanouissement de la personne dans un Etat de droit (R. G. NLEP, « Le juge administratif et les normes internes constitutionnelles ou infra constitutionnelles en matière de droits fondamentaux au Cameroun », in E. PICARD (s/dir), *Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone,* Bruxelles, IDEF, 1999, pp. 78 à 89).

[119] S. BARLES, « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *Hommes et Migration*, n° 1232, juillet-août 2001, *Vies et Familles*, pp : 83-89.

[120] Th. ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53 n° 3, 2006, pp : 833-858.

[121] F. CLAUDE, « Le principe d'égalité », *Annuaire internationale de justice constitutionnelle 1-1985*, 1987. Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois-dix ans de saisine parlementaire – le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes, pp 191-197.

[122] C. BRAUCOURT-SAHLAS (S/dir), *Dictionnaire Universel*, Hachette, 4ème Edition (2002), cf. *Equitable, Equité.*

[123] LE MEDIATEUR, « L'équité c'est quoi ? Quand le droit rencontre la justice… », *Médiation de la consommation*, www.médiateur-engie.com, consulté le 20 juillet 2021.

L'occasion nous est ainsi offerte procéder au constat selon lequel le principe d'égalité dans sa conception juridique est une notion relative[124], un véritable concept flottant tant au plan théorique qu'au plan pratique.

Le principe d'égalité des citoyens étant en réalité, celui de l'équité des personnes devant la loi, dans la loi et par la loi au regard d'une part du frein que constitue l'égalité formelle à l'endroit de l'efficacité de la règle de droit (I), et d'autre part, en ce que le principe d'équité est un instrument indispensable à l'égalité réelle de tous les citoyens (II).

I : LE PRINCIPE D'EGALITE DANS LA LOGIQUE DE L'EGALITE FORMELLE, UN FREIN A L'EFFICACITE DE LA REGLE DE DROIT

La règle de droit est l'instrument prévu par le législateur afin parvenir à une vie harmonieuse au sein de la société. C'est la solution qu'il préconise face aux difficultés inhérentes à la vie en communauté, tant dans son aspect vertical (rapports avec l'Etat) que dans son aspect horizontal (rapports des individus entre eux). La société est un monde mouvant ou chacun pourrait ne pas hésiter à être un loup pour son semblable dans la seule intention de protéger ses intérêts égoïstes[125]. Par conséquent, la principale fonction du droit, du point de vue social, est de : « fixer, arrêter, stabiliser » les mouvements des individus les uns vis-à-vis des autres, de manière à préserver la paix sociale[126]. Mais pour y parvenir, il ne faut pas seulement que la règle de droit existe, qu'elle soit effective, mais il faut qu'elle soit efficace c'est-à-dire qu'elle soit en mesure de constituer la solution la plus adaptée à la situation juridique dont elle à vocation à s'appliquer.

Partant de ce postulat, le principe d'égalité conçu en tant qu'instrument au service d'une égalité formelle, une égalité arithmétique entre les hommes, constituerait une grave atteinte à l'efficacité de la règle de droit, dans la mesure où elle contribuera fortement à la consolidation des inégalités naturelles (A). La conséquence évidente de cet état de chose n'est rien d'autre que l'institution de l'injustice sociale au travers de la règle de droit (B).

---

[124] F. JAPPONT, « La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2006, pp 151-165.

[125] Confère T. HOBBES, *Léviathan*, 1ere édition, 1951

[126] J. PARRAIN-VIAL, « Les fonctions du droit, pouvoir et justice », 1973, obtenu sur www.dialnet.uniroja.es.com., consulté le 16 septembre 2021.

A : L'égalité formelle comme moyen de consolidation des inégalités naturelles entre les individus

L'égalité formelle se distingue de l'égalité substantielle. Alors que : « l'égalité formelle ne fait qu'appliquer les règles et la catégorisation juridique, l'égalité substantielle remet en cause le bien fondé de ces règles, si elles empêchent l'égalité de fait »[127]. L'égalité formelle ne prend pas en compte les inégalités de fait, ou les inégalités naturelles entre les individus, par conséquent une règle de droit prônant l'égalité formelle des sujets de droit participe fortement à la consolidation des inégalités juridiques (1) et de bien d'autres inégalités entre ceux-ci (2).

1 : La consolidation des inégalités juridiques

On parle d'inégalités juridiques lorsque c'est la règle de droit qui constitue la source de la rupture de l'égalité réelle entre les sujets de droit. Ici, le législateur consacre des pratiques particulièrement désavantageuses à certaines personnes et ce, de manière injustifiée. Le recours à l'égalité formelle entre les individus par le truchement de la règle de droit, peut être très préjudiciable aux sujets de droits. Le droit du travail en est l'illustration parfaite.

En effet, la convention n° 100 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)[128] consacre le principe de « l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale ». Elle prône l'égalité de rémunération entre les travailleurs de sexe masculin et ceux de sexe féminin pour le même travail exercé. Cela sous-entend un traitement salarial égal, pour un travail égal ; cela sous-entend également le droit aux mêmes avantages sans une quelconque distinction, car ces travailleurs étant égaux. Cependant, l'on ne saurait se fonder sur cette égalité de sexe entre travailleur, pour méconnaitre un congé de maternité plus consistant à la femme salariée ayant donné naissance à un enfant. Alors que le congé de paternité, lorsqu'il est même reconnu au père dont l'épouse ou la compagne vient de donner naissance à un enfant, ne dure que quelques jours, quand celui de la nouvelle maman salariée dure

[127] S. BARLES, « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *op cit*, p. 85.

[128] Adoptée en 1951, cette convention est dénommée : « convention sur l'égalité des rémunérations ».

plusieurs mois[129]. Ne pas reconnaitre le besoin d'un congé de maternité spécifique à la femme salariée, c'est consolider une inégalité fondée sur la législation du travail entre l'employé et l'employée au nom de l'égalité formelle[130]. En outre, à son retour de son congé de maternité, la femme salariée bénéficie d'un temps d'allaitement qui a pour effet de réduire son temps de travail quotidien[131]. De même des jours de congés annuels payés supplémentaires sont accordés à la femme salarié en fonction du nombre de ses enfants de bas âge vivant avec elle et avec lesquels le lien de filiation est légalement établi[132]. Ne pas reconnaitre l'inégalité naturelle, mieux la différence naturelle entre l'homme et la femme relativement à l'enfantement et même dans l'encadrement des enfants en bas âge, au nom d'une égalité formelle, c'est refuser à tort d'admettre le particularisme inhérent au sexe féminin par rapport au sexe masculin. C'est pour cette raison que l'OIT après avoir consacré le principe de l'égalité des rémunérations pour le même travail dans sa convention n° 100, a pris le soin de consacrer la protection de la maternité par le canal de la convention n° 183 de 2000 révisant celle relative au même objet, adoptée en 1952. C'est cette convention qui consacre un congé de maternité spécifique, d'une durée d'au moins quatorze semaines, pour la femme salariée et même un temps d'allaitement (article 3). Au Cameroun, au nom de la protection de la santé de la femme enceinte et de son enfant, celle-ci peut

[129] A titre d'exemple, au Cameroun, la loi n°92/00 du 14 août 1992 portant Code du travail accorde un congé de maternité d'une durée de quatorze semaines et qui peut être prolongé de six semaines (soit vingt semaines), en cas de maladie résultant de l'accouchement (article 84). La femme salariée doit arrêter le travail, quatre semaines avant la date probable de l'accouchement et si cette dernière a accouché plus tard que prévu, elle jouit de dix semaines de congés après son accouchement. De même quand l'accouchement a lieu avant la date prévu, la femme salariée jouit toujours des quatorze mois de congés prévus par la loi (article 84(3)). Or le congé de paternité ne dure ne trois jours.

[130] Précisons à toute fins utiles que dans certains pays, notamment l'Espagne, l'on assiste à un rétablissement de l'égalité formelle en la matière au nom de l'évolution des mœurs. Depuis le 1er janvier 2021 le père et la mère salariée jouissent tous de 16 semaines chacun de congés de maternité/paternité.

[131] En droit camerounais, ce temps d'allaitement quotidien est d'une heure et la femme salariée en bénéficie pendant une période de 15 mois à compter de la naissance de l'enfant (article 85 de la n°92/007 du 14 août 1992, *op cit*).

[132] Le Code du travail camerounais prévoit une augmentation de la durée du congé annuel de la mère salarié de deux jours par enfant de moins de six ans (article 90(2) article 85 de la n°92/007 du 14 août 1992, *op cit*).

mettre un terme à son contrat de travail sans préavis pendant sa grossesse ou pendant la période d'allaitement, sans avoir à dédommager son employeur[133]. L'employeur pour sa part, ne saurait mettre un terme au contrat de travail de la femme salariée enceinte, du seul fait de sa grossesse[134].

L'égalité entre les travailleurs peut aussi être source d'inégalité juridique entre ces derniers lorsqu'on s'intéresse au travail exercé dans la nuit dans le domaine de l'industrie. Si l'on s'en tient au principe de l'égalité entre les travailleurs, au principe de la non discrimination entre les travailleurs, tous les travailleurs peu en importe le sexe, l'âge, pourraient et devraient, le cas échéant, exercer un travail de nuit dans une industrie. Ce qui serait bien évidemment fort injuste pour les plus jeunes travailleurs et surtout pour les femmes au regard des risques d'insécurité qui caractérisent le travail de nuit dans le secteur de l'industrie. C'est pour cette raison que la convention n° 171 de l'OIT sur le travail de nuit de 1990 recommande aux Etats l'ayant ratifié, d'adopter des mesures spécifiques en faveur de la protection de la maternité pour les travailleurs concernés, et même de la faciliter pour certains travailleurs à exercer dans la nuit[135]. Le législateur camerounais interdit de le travail de nuit des femmes et des enfants dans l'industrie, sauf lorsque ces femmes travaillant de nuit exercent des fonctions d'encadrement ou celles ne consistant pas à un travail manuel[136]. Imposer aux femmes et aux enfants d'exercer le travail manuel de nuit en industrie, du seul fait de l'égalité entre les travailleurs serait une inégalité juridique profonde, lorsqu'on sait que les hommes sont dotés d'une aptitude physiologique et psychologique naturelle, leur permettant de mieux exercer ce type de travail contrairement aux femmes et aux enfants.

2 : La consolidation des inégalités politiques, sociales et économiques

L'égalité formelle entre les citoyens peut s'opposer à la nécessité de procéder à la gestion collective de l'Etat, par toutes les strates sociales. Si le suffrage universel fondé sur le respect de l'égalité formelle entre les individus est sans contestation une avancée dans la préservation des droits politiques du citoyen et surtout de l'égalité entre l'homme et la femme, il

[133] Articles 84 et 85 de la loi n°92/007 du 14 août 1992, *op cit*.
[134] Articles 84 (1) de la loi n°92/007 du 14 août 1992, *op cit*.
[135] Article 4 de la convention n° 171 de l'OIT.
[136] Confère article 82 de la loi n°92/007 du 14 août 1992, *op cit*.

convient de constater que tous les citoyens, peu importe le sexe, ne jouissent pas de la même égalité de chances de participer à la gestion des affaires publiques. En raison de l'enclavement de certaines régions du pays, ou des guerres civiles…, des populations peuvent ne plus être scolarisées, leur niveau d'instruction devient ainsi inférieur à celui des populations des régions n'ayant connu aucune perturbations. Leur demander de satisfaire aux mêmes conditions d'aptitude relativement à l'instruction afin d'accéder aux fonctions administratives au sein de l'Etat, c'est consolider l'inégalité politique entre ces deux catégories de populations. L'Etat peut ainsi prévoir des conditions spéciales pour certaines populations dans le cadre des recrutements pourtant ouverts à l'ensemble des citoyens.

Sur le plan social, la consécration du droit au logement, du droit à la propriété foncière à tous les citoyens, n'est nullement une garantie de l'effectivité de ce droit au sein de l'Etat. Si ce dernier se limite à consacrer cela en prenant le soin de s'abstenir des actes entravant la jouissance de ces droits, cette égalité d'accès à la propriété foncière peut aussi être source d'inégalités juridiques. Les citoyens n'ayant pas les moyens nécessaires pour s'offrir une parcelle de terrain, un appartement ne seront-ils pas lésés ? Le doit au logement est un droit créance, c'est-à-dire un droit qui nécessite une action positive de l'Etat pour sa mise en œuvre effective[137]. L'Etat se doit de pouvoir fournir à titre gratuit ou onéreux, des logements aux couches sociales ne pouvant pas s'en offrir, malgré la consécration de l'égal accès à la propriété foncière. La politique des logements sociaux quasi présente dans l'ensemble des pays du monde est une illustration de mécanisme qui permet à l'Etat d'éviter l'inégalité juridique à laquelle conduirait certainement une égalité formelle en la matière.

[137] Les droits créances se distinguent des droits libertés en ce que ces derniers n'exigent qu'une abstention de l'Etat pour leur mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle la justiciabilité des droits-libertés encore appelés droits de l'homme de première génération (droits civils et politiques) est plus évidente que celle des droits créances encore appelés droits économiques et sociaux et culturels (deuxième génération de droits de l'homme). Les droits créances sont régis par le principe de la réalisation progressive consacré par l'article 2 du Pacte International relatif aux droits sociaux économiques et culturels du 16 décembre 1966. Selon ce principe, l'Etat réalise ces droits en fonction de ses ressources disponibles.

Sur le plan économique enfin, la consécration du principe de la liberté de commerce de l'industrie[138] qui constitue le fondement de l'égalité des individus dans le choix d'opter pour l'exercice à titre personnel d'une activité génératrice de revenu, le choix de cette activité et la gestion de celle-ci. Cette liberté de négoce et d'activité professionnelle dans l'un de ces aspects voudrait que l'on choisisse une activité économique licite aussi longtemps que nous avons les moyens économiques nécessaires pour entreprendre dans ladite activité. Le pouvoir financier conditionnant l'exercice de cette liberté de commerce et de l'industrie, est indiscutablement source d'inégalité entre les citoyens, laquelle peut avoir comme issue des soulèvements sociaux. L'Etat doit pouvoir aller au-delà de la seule consécration de l'égalité formelle relative à la liberté d'entreprendre, en adoptant des mesures pouvant permettre à ceux qui ne possèdent pas personnellement des moyens financiers, de pouvoir aussi jouir de cette liberté, s'ils le désirent. L'Etat peut ainsi personnellement financer des projets viables des citoyens ne possédant pas les moyens, ou inciter des établissements financiers à leur apporter un accompagnement dans cette lancée. Si l'Etat ne le fait pas, l'égalité formelle strictement entretenue sera une véritable source d'injustice sociale.

B : L'égalité formelle comme facteur incontesté d'injustice sociale

Bien que la notion de justice sociale souffre d'un besoin profond de précision de son contenu[139], la théorie de la justice selon John RAWLS, qui perçoit la justice comme l'équité[140], nous permet de comprendre que la justice sociale est une situation dans laquelle la préservation de l'égalité réelle entre les citoyens est institutionnalisée au sein de la société. La pensée de John RAWLS se résumant en l'idée suivante : une société juste est une société équitable. L'injustice sociale est par essence l'absence de l'équité dans une société ; c'est le renforcement des inégalités au sein de la société. C'est à cela que l'on parvient lorsque l'on est à la recherche d'une

[138] Ce principe a été consacré aux lendemains de la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui dispose : « il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon ».

[139] P. ANTOINNE, « Qu'est-ce que la justice sociale ? A la recherche d'une définition », *Archives de philosophie*, vol. 24, n° 3-4 (Juillet-Décembre 1961) : pp : 564-573.

[140] Voir à ce sujet, J. RAWLS, *Théorie de la justice* 1971 ; voir également P. COTELETTE, John RAWLS, *la justice comme équité. Une reformulation de la théorie de la justice,* La Découverte, col. « La Découverte/Poche », 2008, 288 p.

égalité formelle, une égalité arithmétique entre les sujets de droit. L'on assiste à l'institutionnalisation de la suprématie injustifiée d'une ou plusieurs classes sociales sur les autres (1), à cause des règles de droit de mauvaise qualité dans a mesure où elles consacrent et entretiennent ces inégalités sociales (2).

1 : L'institutionnalisation de la suprématie injustifiée d'une ou plusieurs classes sociales

La justice distributive se distingue de la justice commutative. Alors que la justice distributive a pour objet de rétablir l'égalité ou il y a inégalité, en donnant à chacun selon ses besoins, la justice commutative quant à elle ignore les différences entre les individus ; elle donne à chacun la même part. Dans une approche prenant en compte le droit constitutionnel, la justice est un pouvoir, ou une des fonctions régaliennes de l'Etat. Elle est l'instrument à travers lequel l'Etat entend assurer le respect de la règle de droit. Ainsi, la règle de droit ne saurait se confondre à la justice ; toutefois, un lien étroit existe entre ces deux instruments. La règle de droit est le moyen choisi par l'Etat pour parvenir à la qualité de la justice de son choix ; la justice est donc la finalité de la règle de droit. Par ailleurs, la justice en tant qu'association de la *jurisdictio* et de l'*imperium*, permet à la règle de droit d'être plus contraignante, plus efficace au sein de la société[141]. Cette interaction entre la règle de droit et la justice à de fortes conséquences sur l'effectivité de l'égalité entre les sujets de droit au sein de la société.

Lorsqu'un Etat opte pour la justice commutative dans un ou plusieurs aspects de la vie en société, les règles de droit adoptées en son sein ne prendront pas en compte les différences naturelles entre les sujets de droits. Ces règles seront au service d'un partage arithmétique de prérogatives et même des devoirs au sein de la société. Ce partage égalitaire stricto sensu, sera très avantageux pour certains, et très désavantageux pour d'autres. L'on assiste de ce fait à l'institutionnalisation de la suprématie de certains individus sur d'autres. Ce qu'il y a de déplorable ici, est que cette suprématie n'est pas justifiée par un quelconque besoin de préservation de l'intérêt général ; mais tout simplement par des différences naturelles, et parfois par le souci de

[141] En droit judiciaire privé, le pouvoir reconnu au juge de trancher les litiges est la « jurisdictio » ; et celui qui lui et reconnu d'user de la force publique aux fins de contraindre à l'application de ses décisions, est l' « imperium ».

préserver des intérêts égoïstes. A titre d'illustration, le régime de la traite négrière, celui de la ségrégation entre les noirs et les blancs aux Etats-Unis d'Amérique, ou encore celui l'Apartheid en Afrique du Sud, étaient tous fondés sur des idéologies contraires à l'équité, car ils prônaient et entretenaient la suprématie d'une race sur une autre. Les noirs étaient considérés comme des esclaves, comme des personnes inégales aux blancs, du seul fait de leur couleur de peau, leur retard relativement au développement économique… La règle de droit en l'espèce avait pour rôle de protéger le monopole économique et politique de la race blanche ; d'où l'extrême pauvreté économique dans les familles de race noire. Dans ces différents systèmes, la puissance publique est au service de l'inégalité sociale, la loi ne protège plus tous les sujets de droit si elle se contente seulement de garantir les mêmes « chances » à tous les citoyens ; elle devrait plutôt s'inscrire dans la logique de la justice distributive, en accordant « plus de chances » aux populations défavorisées, afin de parvenir à une égalité réelle entre les êtres humains constituant chacune de ces races. La légitimité de la règle de droit qui sert de fondement légal à cette suprématie injustifiée, ne peut qu'être valablement contestée.

2 : L'illégitimité de la règle de droit

La légitimité et la légalité sont deux réalités différentes. Est légitime ce qui est accepté, ce qui est reconnu par les sujets de droit ; est légal ce qui est simplement conforme à la loi. Dans une conception purement juridique, est légitime ce qui est justifié ; ce qui est juste, ce qui est mérité, ce qui est équitable[142]. La légitimité peut tirer sa source dans la légalité[143], dans cette hypothèse l'on parle de la « légalité légitime »[144]. Toutefois, ce qui est légal n'est pas toujours légitime ; une règle de droit peut prôner des valeurs qui ne sont pourtant pas acceptées par la grande majorité des membres de la société. Il peut exister des mauvaises lois, c'est-à-dire des lois adoptées par le législateur, non pas pour préserver l'intérêt général, mais pour satisfaire des intérêts égoïstes, ou ceux d'une frange de la population, ceci de manière injustifiée. Une loi non équitable, bien que promouvant l'égalité arithmétique entre les sujets de droits, ne saurait être légitime. Le respect

[142] S. GUINCHARD (S/dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25ème Edition, 2017-2018, voir « légitime », p. 1229.
[143] Ibidem.
[144] B. MELKEVIK, « Légalité et légitimité : réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », *Les cahiers du droit*, vol. 40, n° 2, 1999, pp : 458-477 (p :466).

de la procédure d'adoption et de promulgation des lois, ou encore celle applicable aux actes réglementaires n'est pas une garantie absolue de leur légitimité. De par son essence, le droit ne saurait être source d'injustice sociale, le droit et un remède aux injustices sociales. Sous la monarchie française par exemple, selon la Charte de 1814, il était exigé de payer une contribution directe de trois cent francs pour être électeur. Ce suffrage dit censitaire, est une illustration satisfaisante d'une loi illégitime[145]. Comment conditionner le droit au vote par l'aptitude du citoyen à payer un impôt appelé le cens ? Les citoyens ne pouvant pas s'acquitter de cet impôt sont ainsi privés de leurs droits au suffrage. Une telle loi bien que légale, ne saurait être équitable, légitime, car elle renforce les inégalités sociales du fait des différences relatives au pouvoir financier des citoyens. Les pauvres sont appelés à subir la dictature des riches dans la mesure où, ils ne sont pas associés à la prise des décisions. Fort heureusement qu'avec l'avènement du suffrage universel en France[146], cette loi illégitime du fait de son atteinte à l'équité appartient désormais à un passé malheureusement regrettable.

Au regard de ce qui précède, force est de constater que l'égalité formelle des sujets de droit est contraire à l'essence même du droit. Le principe d'égalité dans la logique de l'égalité formelle est incompatible aux exigences de l'Etat de droit. Le principe d'équité est par conséquent, un correctif indispensable au principe d'égalité lorsqu'il est au service de l'égalité formelle, ceci afin de permettre audit principe d'être un véritable instrument permettant de parvenir à une égalité réelle de tous les sujets de droit.

II : LE PRINCIPE D'EQUITE, UN INSTRUMENT INDISPENSABLE POUR l'EGALITE REELLE DE TOUS LES SUJETS DE DROIT

Selon la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, il devrait exister une « totale égalité » de toutes les personnes devant la loi. Cette égalité totale est en effet, une égalité réelle, une égalité de droits et de devoirs et surtout une égalité de fait. Or le principe d'égalité dans la seule

[145] Voir à ce sujet : G. BACOT, « Le suffrage censitaire d'après les débats parlementaires du début de la monarchie de Juillet », *Revue françaises d'Histoire des idées politiques* 2013/2, n° 38, PP : 241-245.

[146] L'expression « suffrage universelle » en droit français, a été mentionnée pour la toute première fois, dans la constitution bonapartiste de l'AN VIII (1799).

logique d'une égalité formelle ne saurait garantir cette totale égalité. C'est la raison pour laquelle, toute règle de droit au service de l'égalité réelle entre les individus, se veut équitable (A). Ce qui nous permet d'affirmer avec encore plus d'assurance que l'égalité de tous devant la loi, est une conséquence plausible du recours à l'équité dans la conception et la mise en œuvre du principe d'égalité (B).

A : L'omniprésence de l'équité dans les « bonnes » règles de droit

La notion d'équité regorge deux aspects : l'équité aristocratique et l'équité démocratique. « L'équité aristocratique est fondée sur l'inégalité des droits dans un ordre juridique conférant aux pauvres tandis que l'équité démocratique tend à la réalisation de l'égalité réelle des chances »[147] au sein de la société. C'est « l'équité démocratique » dont nous parlons et ventons les mérites relativement à l'efficacité du principe d'égalité. L'équité aristocratique n'apporte rien de plus à ce principe, étant donné qu'elle aboutit malheureusement à une égalité formelle entre les personnes, avec pour conséquence de maintenir la suprématie d'une ou plusieurs classes sociales sur les autres.

Le rôle de l'équité (démocratique) au sein du principe d'égalité se justifie par l'extrême nécessité de prendre en compte les différences naturelles entre les individus (1). Cela s'illustre aisément par un recours régulier à la discrimination positive au nom du principe d'égalité (2).

1 : Fondement : l'obligation de prendre en compte les différences naturelles entre les individus

Si les textes juridiques disposent assez souvent que « tous les hommes sont égaux », cette déclaration de l'égalité entre les êtres humains n'est pas un constat, mais l'expression d'un vœu de parvenir à une égalité substantielle entre les individus. Les êtres humains naissent inégaux au regard de leurs aptitudes, leur intelligence, le niveau d'aisance matérielle de leur famille respective, le niveau de développement politique, économique de leur pays, de leur localité d'origine….bref, les êtres humains naissent dans des conditions culturelles, sociales, économiques et même politiques, différentes. Alors que certains devront fournir des efforts considérables pour améliorer leurs conditions de vie, d'autres n'ont aucun effort à fournir à cet effet, leur situation familiale leur garantit un avenir

[147] S. BARLES, « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *op cit*, p. 86.

assez satisfaisant. Ce phénomène n'épargne pas l'Etat moderne ; dès lors, sa mission en tant qu'arbitre des rapports sociaux, est de réduire ces différences naturelles entre les individus, en accordant à tout un chacun, l'opportunité de vivre une vie meilleure, peu importe ses origines, le niveau d'aisance matérielle de sa famille.

Le seul moyen permettant efficacement à l'Etat moderne d'atteindre cet objectif indispensablement pour une réelle démocratie et un épanouissement de tous les individus en son sein, c'est l'adoption des règles de droit équitables, c'est-à-dire adaptées aux besoins spécifiques de ses populations. L'action du législateur, de l'exécutif à travers ses textes réglementaires et celle du juge au travers de sa jurisprudence ne doit nullement aggraver ces inégalités naturelles, mais concourir à les réduire voire les éradiquer, en procédant à une nouvelle « répartition » des richesses de manière à accorder plus de chances aux populations vulnérables, et non les mêmes chances à tous. C'est dans cette lancée que s'inscrit Jean Jacques ROUSSEAU[148], lorsqu'il présente la vie en société, comme un contrat social entre l'individu et la société toute entière. Ici l'individu s'engage à aliéner sa liberté, son intérêt privé afin de faire prévaloir l'intérêt général, et la société quant à elle s'engage à protéger l'individu en son sein. Autrement-dit, l'individu s'engage à observer les règles adoptées au sein de la société, avec la conviction que son bonheur individuel dépend du respect de ces règles sociales perçues comme instrument garantissant l'épanouissement de tous, au sein de ladite société. L'individu consent à ce contrat social parce qu'il sait que ses spécificités seront prises en compte par les dirigeants sociaux. C'est cela qui explique les nombreux droits subjectifs reconnus à l'individu au sein de la société. Ces droits sont dits subjectifs parce qu'ils se justifient essentiellement par le souci de préserver les intérêts privés des sujets de droit, afin que même au sein d'une société, la protection qui leur est accordée, soit fonction de la vulnérabilité de ceux-ci. En se fondant sur ces prérogatives à lui reconnues, l'individu peut exiger de la société, la prise en compte des particularités liées à sa situation personnelle et l'adoption des mesures qui s'imposent.

[148] J-J ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principe du droit politique*, in Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, édition en ligne, version du 7 octobre 2012 (cf. Chapitre VI).

L'organisation Mondiale de la Santé (OMS)[149] affirme de ce fait, que le droit à la santé en tant que droit fondamental n'est pas seulement le privilège de jouir du meilleur état de santé en tant qu'être humain, mais c'est celui de pouvoir jouir du meilleur état de santé que l'on est capable d'atteindre, en fonction des spécificités anatomiques, biologiques … de l'individu concerné. Les garanties de justiciabilité de ce droit fondamental ne doivent pas ainsi être les mêmes pour tous, mais elles dépendront des spécificités sanitaires liées à chaque individu. L'Etat est par conséquent tenu de procéder à une discrimination positive pour y parvenir.

2 : Illustration : le recours à la discrimination positive

D'un point de vue juridique : « lorsque le principe abstrait d'égalité ne suffit pas à résorber des inégalités de fait affectant certains groupes de la population, le législateur peut, sous réserve que la Constitution n'y fasse obstacle, mettre en place des régimes juridiques favorisant les membres de ces groupes, par exemple du point de vue de l'accès à l'Université, aux fonctions électives ou à la commande publique dans le but de se rapprocher d'une égalité réelle »[150]. Ce condensé de la notion de discrimination positive en tant que notion juridique traduit à suffisance la prise en compte de l'équité dans le principe d'égalité. Discriminer c'est distinguer, c'est séparer des individus pourtant égaux, à cause de leur appartenance à des races différentes, des religions, des sexes, des croyances, des idéologies …différents. C'est appliquer des mesures différentes à des personnes se trouvant pourtant dans des situations identiques. De manière générale, la pratique de la discrimination est interdite au sein de l'Etat de droit ; le principe de non discrimination occupe ainsi une place de choix dans la longue liste des principes généraux du droit[151].

[149] Constitution de l'OMS, du 22 juillet 1946 ; selon le préambule de celle-ci : « La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale ».

[150] S. GUINCHARD (S/dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit. ; p : 763, voir « Discrimination positive ».

[151] A titre d'illustration, au Cameroun, le principe de non discrimination fondée sur des éléments subjectifs tels que la race, la langue, le sexe, l'appartenance ou non à un syndicat… Au-delà la constitution qui consacre ce principe dans son préambule par le canal

Cependant, la discrimination peut être un correctif à une inégalité sociale ; parce qu'elle rétablit l'égalité en présence d'une inégalité, cette discrimination est positive. C'est une discrimination au service de l'intérêt général car elle permet d'établir et de garantir la paix sociale, la justice distributive, bref l'égalité réelle entre les sujets de droit. Au Cameroun par exemple, au-delà de toutes les prérogatives reconnues spécifiquement à la femme salariée[152], la discrimination positive ne se limite pas seulement au genre. En effet, afin de préserver les conflits interethniques, très préjudiciables à l'unité nationale, l'Etat du Cameroun fait recours à une pratique dite de « l'équilibre régional », consistant à assurer la représentation des différentes ethnies dans les hautes sphères de décision du pays et même dès l'accès aux grandes ou sont formés les futurs hauts fonctionnaires du pays. Il s'agit d'une « justice politique »[153] qui permet à l'Etat de ne plus seulement conditionner toute nomination aux hautes fonctions de l'Etat ou tout accès aux grandes écoles par l'excellence qui caractérise les personnes concernées ; mais de confronter cette excellence à l'ethnie à laquelle l'on appartient, de telle enseigne qu'un candidat à un concours administratif appartenant à une ethnie sous représentée, est choisi au détriment d'un autre candidat de même compétence, mais appartenant à une ethnie assez représentée dans les hautes sphères de l'Etat. Cette pratique gouvernementale dont le fondement juridique est la reconnaissance de l'ethnicité et l'engagement de l'Etat du Cameroun à protéger les minorités et les peuples autochtones[154].

La justice politique ainsi pratiquée est en réalité une atteinte à l'égalité arithmétique entre les camerounais, dans la mesure où ici, des candidats à un concours administratif d'égales compétences, ou des postulant à une haute fonction publique à compétences égales et même égaux en âge, n'ont plus les mêmes chances d'accéder au poste ou à la carrière sollicité. Cette atteinte à l'égalité de chances est en principe contraire au principe

---

du principe d'égalité, la loi n°92/007 du 14 août 1992, *op cit*. ; interdit toute discrimination fondée sur l'appartenance ou non à un syndicat (article 4(2)).

[152] Cf. supra p : 3 et 4.

[153] A. P. YODOU SIBEUDEU : « Justice politique et préventions des conflits dans des sociétés pluriethniques : cas de la politique de l'équilibre régional au Cameroun », Mémoire en vue de l'obtention du Master II en sciences sociales, Université catholique d'Afrique centrale, 2010-2011.

[154] Cf. préambule de la constitution camerounaise actuelle (celle du 18 janvier 1996, révisée le 14 avril 2008).

d'égalité lorsqu'il est conçu dans la logique d'une égalité arithmétique ; mais au nom de l'urgence de garantir la représentativité de toutes les ethnies au sein des hautes sphères de l'Etat, le recours à l'équité s'impose en accordant plus de chances aux citoyens des ethnies sous représentées dans lesdites sphères. Le Cameroun compte plus de 270 ethnies constituées des Fangs, Bamilékés, Bamouns, Douala, Louembous, Bassas, Peuls, Tikars, Mandaras, Makas, Chambas, Mboums et Haoussas[155]. Ces différents peuples n'ont pas le même niveau d'instruction, et pourtant ils doivent tous être représentés dans les autres sphères de décision de l'Etat ; tous voudraient avoir au moins soit un Ministre, un Recteur, un Directeur général de société publique …. Secrétaire Général de ministère… des enseignants d'université, des magistrats, administrateurs civils. Face à cette attente, l'Etat ne saurait se limiter à une égalité de chance arithmétique au risque de voir tous ces postes occupés par les peuples possédant la grande majorité des compétences.

Précisons néanmoins que le recours à la discrimination positive se veut exceptionnel, le principe en la matière demeure celui de la non discrimination, et ce n'est que lorsque la discrimination est envisagée comme un correctif à l'inégalité, qu'elle devient légitime et considérée comme un instrument indispensable à l'équilibre entre les différentes couches sociales. L'on peut aussi regretter que cette pratique connaisse certains abus et aboutit souvent malheureusement à la dictature d'une ethnie sur les autres. Ce phénomène regrettable n'est que la conséquence du détournement de cette justice politique, au non des intérêts égoïstes inavoués.

Ce cas de figure n'est qu'un exemple parmi tant d'autres, il nous montre à suffisance que l'égalité réelle de tous les sujets de droit ne peut qu'être qu'une conséquence de l'intégration et la mise en œuvre de l'équité au sein du principe d'égalité.

B : L'égalité réelle de tous les sujets de droit, conséquence plausible du recours à l'équité

Lorsqu'on scrute la notion d'égalité réelle (1), l'on ne peut procéder qu'au constat selon lequel il ne saurait avoir d'égalité réelle sans équité ; c'est

[155] M. TCHINDJANG et al. « La cartographique traceuse de l'histoire, des civilisations et des cultures : une application au Cameroun », obtenu sur www.unesco.org, consulté le 11 septembre 2021.

pourquoi nous parvenons à la conclusion selon laquelle, l'équité est le fondement et la source de l'égalité en tant que notion juridique (2).

1 : La notion d'égalité réelle

L'égalité réelle c'est légalité par la loi, c'est-à-dire que la règle de droit consacre volontairement des inégalités dans les prérogatives et devoirs reconnus aux sujets de droit, en « défavorisant » particulièrement certains d'entre eux, afin de parvenir à une égalité de fait ; une véritable égalité[156]. Ici, l'on recherche une égalité non pas apparente, mais une véritable égalité entre les citoyens. L'action de l'Etat ne saurait en l'espèce tout simplement de formuler la même solution pour tous, mais d'aller bien a delà des solutions générales et impersonnelles, pour prévoir des solutions exceptionnelles applicables à certains sujets de droit, lorsque la solution générale et impersonnelle ne permet pas de parvenir à une véritable égalité entre ces sujets de droit et les autres. Ces solutions exceptionnelles ne pourraient être efficaces que si elles sont équitables.

Ces exceptions ne sont pas des atteintes aux caractères général et surtout impersonnel de la règle de droit. Les règles exceptionnelles demeurent des règles de droit qui sont générales, dans la mesure où elle s'applique à tous les sujets de droits qui remplissent les conditions particulières auxquelles s'applique l'exception. Elles demeurent également impersonnelle, parce qu'elles sont toujours formulées à la forme impersonnelle, c'est-à-dire qu'elle désigne tous les sujets de droit relevant de la catégorie juridique à laquelle l'exception s'applique, sans en désigner l'un de ces sujets en particulier. Le dicton selon lequel « c'est l'exception qui confirme la règle » trouve tout son sens parce qu'une règle de droit qui ne prévoit pas d'exception dans un souci d'équité, ne pourra jamais être un instrument de l'égalité réelle entre les sujets de droit. Par contre, l'exception ne saurait constituer la règle, l'on doit faire recours à l'équité qu'en cas de besoin ; aussi longtemps que l'égalité arithmétique maintient les sujets de droits dans une véritable égalité, le recours à l'équité s'avère inutile. A titre d'illustration, le droit à la dignité ou le droit à la vie reconnu à tous les êtres humains peut n'être garanti que par une égalité de droit parce qu'ils sont inhérents à la personne humaine et dès lors qu'on est en présence d'un être humain, ces droits fondamentaux doivent absolument être respectés.

[156] C. FRANCK, « Le principe d'égalité », op. cit., p : 196.

C'est au nom de cette égalité formelle relative au droit à la vie que la peine de mort est désormais fortement contestée au sein de l'Etat de droit. Mais les aspects dans lesquels l'égalité formelle permet d'aboutir à une égalité réelle sont en quantité très réduite ; l'égalité recherchée par le principe d'égalité devient ainsi l'équité.

2 : L'équité comme fondement et source de l'égalité en tant que notion juridique

Selon le Professeur François LUCHAIRE : « si la différenciation des conditions humaines légitime des règles distinctes, elles justifient aussi dans une République sociale, des dispositions qui corrigent autant que faire ce peut ce qu'il y a de plus choquant dans les disparités sociales ; porter atteinte à l'égalité formelle pour se rapprocher de l'égalité réelle, c'est aussi servir l'égalité »[157]. L'égalité à laquelle le principe d'égalité fait référence, c'est une égalité réelle. Si cette égalité était acquise, ce principe n'aurait jamais été consacré, car en effet, ce principe est une réponse aux nombreuses injustices sociales du fait des inégalités entre les sujets de droits de la même catégorie.

L'égalité réelle n'est que le produit de l'équité ; c'est cette équité que recherche en fait l'égalité réelle. Par conséquent, c'est la recherche d'un traitement équitable des sujets de droits qui justifie l'avènement d'une égalité réelle entre lesdits sujets. L'équité justifie ainsi l'élaboration et la mise en œuvre de toute politique sociale en faveur de l'égalité réelle. En cette qualité, l'équité est le fondement de l'égalité en tant que notion juridique, elle justifie le sens donné à cette notion dans le domaine des sciences juridiques.

Généralement l'on a coutume d'opérer un distinguo entre la notion de fondement et celle de source en constatant que, si le fondement justifie l'existence d'un phénomène juridique, la source quant à elle est celle qui le crée. Le rôle indispensable de l'équité dans l'avènement une égalité de fait au sein de la société nous amène également à constater qu'elle est également une source de cette égalité. En tant que source de la règle de droit, mieux, source correctrice des limites de la règle de droit, l'équité ne saurait être seulement un fondement de l'égalité réelle, elle en constitue aussi la source. La disparition de l'équité au sein d'une société entraine

[157] F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p : 1231

inéluctablement la disparition d'une égalité réelle entre les sujets de droit de ladite société.

CONCLUSION

Serait-ce un abus de langage de parler du « principe d'équité » en lieu et place du « principe d'égalité » ? Nous ne le pensons pas ! Le sens juridique de la notion d'égalité nous montre à suffisance que c'est la notion d'équité qui devrait être utilisée en lieu et place de celle d'égalité. Les mécanismes de mise en œuvre de l'un ou de l'autre de ces principes sont les mêmes, l'action du législateur en la matière, demeure indispensable, de même que celle des membres de l'exécutif et même celle des membres du pouvoir judiciaire, pour la mise en œuvre de ce principe. L'égalité se veut ainsi un véritable concept flottant dans le domaine des sciences juridiques. Nous osons croire que la réflexion ainsi menée pourra certainement participer et faire évoluer le débat sur la réelle place de l'équité dans l'efficacité de la règle de droit en général et celle du principe d'égalité en particulier.

BIBLIOGRAPHIE

- **T. HOBBES**, *Léviathan*, 1ère Edition, 1951 ;

- **J. RAWLS**, *Théorie de la justice,* 1971 ;

- **S. GUINCHARD** (S/dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25ème Edition, 2017-2018

- **C. BRAUCOURT-SAHLAS** (S/dir), *Dictionnaire Universel*, Hachette, 4ème Edition (2002) ;

- **J-J ROUSSEAU**, *Du contrat social, ou principe du droit politique*, in Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, édition en ligne, version du 7 octobre 2012 ;

- **P. COTELETTE**, *John RAWLS, la justice comme équité. Une reformulation de la théorie de la justice*, La Découverte, col. « La Découverte/Poche » 2008 ;

- **S. KOSSIBA HONVOU**, *Le principe d'égalité en droit béninois de la famille*, Thèse de doctorat en Droit privée (cotutelle : université d'Abomey-Calavi, université Paris-Est, Chaire Unesco des droits de la personne et de la démocratie et organisations, Marchés, Institutions), soutenue le 16 avril 2016.

- **M. EMANE MEYO,** *La norme facultative*, thèse de doctorat en Droit Privé, Université d'Orléans, soutenue le 08 décembre 2016

- **A. P. YODOU SIBEUDEU** : « Justice politique et préventions des conflits dans des sociétés pluriethniques : cas de la politique de l'équilibre régional au Cameroun », Mémoire en vue de l'obtention du Master II en sciences sociales, Université catholique d'Afrique centrale, 2010-2011.

- **J. ROBERT,** « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone », Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 3 Novembre 1997

- **R. G. NLEP**, « Le juge et les normes internes constitutionnelles ou infra constitutionnelles en matière de droits fondamentaux au Cameroun », in E. PICARD (s/dir), *Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone,* Bruxelles, IDEF, 1999, pp. 78-89) ;

- **S. BARLES,** « Complexité et mutabilité du concept d'égalité », *Hommes et Migration*, n° 1232, juillet-août 2001, *Vies et Familles*, pp : 83-89 ;

- **Th. ATANGANA-MALONGUE**, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53 n° 3, 2006, pp : 833-858 ;

- **F. CLAUDE**, « Le principe d'égalité », Annuaire internationale de justice constitutionnelle 1-1985, 1987. *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois-Dix ans de saisine parlementaire – le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européenne*, pp 191-197 ;

- **LE MEDIATEUR**, « L'équité c'est quoi ? Quand le droit rencontre la justice… *», Médiation de la consommation*, www.médiateur-engie.com, consulté le 20 juillet 2021 ;

- **F. JAPPONT**, « La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2006, pp 151-165.

- **J. PARRAIN-VIAL**, « Les fonctions du droit, pouvoir et justice », 1973, obtenu sur www.dialnet.uniroja.es.com., consulté le 16 septembre 2021.

- **P. ANTOINNE**, « Qu'est-ce que la justice sociale ? A la recherche d'une définition », *Archives de philosophie*, vol. 24, n° ¾ (Juillet-Décembre 1961) : pp : 564-573 ;

- **B. MELKEVIK**, « Légalité et légitimité : réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus », Les cahiers du droit, vol. 40, n° 2, 1999, pp : 458-477 ;

- **G. BACOT,** « Le suffrage censitaire d'après les débats parlementaires du début de la monarchie de Juillet », *Revue françaises d'Histoire des idées politiques* 2013/2, n° 38, PP : 241-245 ;

- **M. TCHINDJANG et al**. « La cartographique traceuse de l'histoire, des civilisations et des cultures : une application au Cameroun », obtenu sur www.unesco.org, consulté le 11 septembre 2021 ;

- **F. LUCHAIRE,** « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p : 1231 ;

- La Magna Carta (grande charte des libertés) de 1215 ;

- L'Habeas Corpus Act de 1679 ;
- La déclaration d'indépendance des Etats-Unis de 1776 ;
- La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ;
- La déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ;
- Le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ;
- La charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 ;
- La constitution des Etats-Unis d'Amérique de 1787 ;
- Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ;
- Constitution de l'OMS, du 22 juillet 1946 ;
- Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité des rémunérations
- Convention n° 171 de l'OIT sur le travail de nuit
- La constitution du 02 juin 1972 modifiée par la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 et révisée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 ;
- La loi n°92/00 du 14 août 1992 portant Code du travail

La notoriété en droit privé

HAJJI Habiba
Doctorante en droit privé à la FSJES-Oujda

Résumé :

Connue autrefois par le droit pour ses vertus probatoires, la notoriété constitue actuellement une valeur économique liée à la connaissance par un grand nombre de personnes d'un nom, d'une marque, d'un produit ou de quelque support que ce soit. Toutefois, c'est un concept ambigu qui pose des difficultés conçues par le droit et ses acteurs vu son attachement à la connaissance publique et bien évidement c'est à ce concept qu'il revient de saisir la valeur du phénomène de la célébrité dans le paysage juridique.

La notoriété est, en outre, une source d'effets juridiques, ce qui impose qu'elle doit être établie indépendamment de la preuve du fait auquel elle s'attache. Ceci est effectué à travers un processus juridique au fil du temps et qui ne cesse d'exister encore.

En effet, la notoriété s'est introduite en droit privé indirectement par affecter les droits existants, plus particulièrement, les droits de la personnalité et les droits de la propriété intellectuelle. L'ambition recherchée est n'est seulement une considération indirecte de la notoriété par les droits existants et rester attachée à ses supports, mais plutôt de prendre en compte sa protection à travers des droits qui lui seraient directement applicables. Mais, cette opération à lui accorder une autonomie dans le droit privé ne passera pas sans difficultés.

Mots-clés : Notoriété, Fama, Renommé, Droit subjectif, Propriété intellectuelle, Valeur patrimonial, Qualification, Autonomie.

Introduction :

« *Longtemps c'est l'excellence qui a fait la réputation ; depuis Google, c'est la notoriété qui fait l'excellence* »[158].

Nous vivons à une époque où tout le monde est à la recherche d'un brin de notoriété pour laisser une trace dans sa communauté voir dans tout l'univers et qui parmi nous n'a jamais compter à atteindre la gloire pour un moment ou pour l'éternité ?!

Pendant longtemps dans l'histoire de l'humanité, la célébrité se propagea dans le public par la diffusion des noms et des histoires liés au grand homme et non pas par leur visage. Actuellement, par l'invention des moyens de reproduction de l'image, des médias, les émissions de téléréalité, les réseaux sociaux, le chemin est facilité pour beaucoup de monde d'être célèbre à tout prix.

Tellement elle a une valeur, la notoriété peut profondément changer la vie sociale dans ses différentes dimensions tant hiérarchiques que professionnelles, économiques, juridiques, psychologiques, politiques ou morales. C'est ainsi que la notion de la notoriété préoccupe actuellement tous les domaines et fait alors objet d'études centrale ou proche de nombreux sociologues[159], historiens[160] et économistes[161] et bien sûr des juristes[162].

En effet, en l'absence de toute définition proprement juridique de la notoriété, il s'avère important de se référer tout d'abords aux

---

[158] Richard Lewy

[159] Edgar MORIN, « *Les stars* », 1956, réed. Le Seuil, 1972.
R. DREYER, « *Le star system hollywoodien, 1979* », L'Harmattan, 2004.
Nathalie HEINICH, « *De la visiblité. Excellence et singularité en régime médiatique* », 2012.
Alain Quemin, « *Les stars de l'art contemporain. Notoriété et consécration artistiques dans les arts visuels* », Paris, CNRS, coll. « Culture & société », 2013.

[160] G. MINOIS, « *Histoire de la célébrité. Les trompettes de la renommée*», Perrin, 2012,
Lilti Antoine, « *Figures publiques. L'invention de la célébrité (1750-1850)* », Paris, Fayard, 2014

[161] F. BENHAMOU, « *L'économie du star system* », Odile Jacob, 2002.

[162] Gracia Noutaïs-Holo, « *La notoriété* », ANRT, 1999.
Claude-Albéric MAETZ, « *La notoriété - Essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2010.

enseignements du dictionnaire : est notoire '*ce qui est connu d'une manière sure et par un grand nombre de personnes*'[163]. La notoriété est *'le caractère de ce qui est notoire, connu d'un grand nombre de personnes'*[164]. Donc, on peut la définir comme la connaissance par une large fraction de la population ou encore comme la prise en compte de l'idée d'opinion[165].

A l'origine, connue par le droit pour ses vertus probatoires, la notoriété comprend dans sa notion contemporaine, la valeur économique, importante dans notre société moderne, liée à la connaissance par un grand nombre de personnes d'un nom, d'une marque, d'un produit ou de quelque support que ce soit. Il s'avère qu'elle entretient une relation étroite avec le public quel que soit sa nature, il constitue en effet l'élément fondamental dans son appréciation.

De surcroit, la notoriété conceptualise le phénomène extra-juridique de la célébrité. Mais ce fait n'est pas aisé puisque plusieurs notions voisines entrent en confusion avec la notoriété telle que la renommée, la réputation, l'image, la publicité parce qu'elles renvoient toutes le plus souvent à l'idée de l'opinion publique. Pourtant la notoriété possède des caractères propres à elle qui la diffèrent des autres concepts.

Ces dernières années, ce concept a attiré de plus en plus d'attention. Ainsi l'ambition de nombreuses personnes à atteindre une certaine notoriété, la construire ou bien l'élargir par sa connaissance au public le plus nombreux possible. Donc, la notoriété permet de bénéficier de certains droits, voir une source d'effets juridique.

Par ailleurs, Elle affecte les droits de personne. Elle influe désormais les droits relatifs au nom de la personne et à son image. A cet égard, elle affecte le droit au respect de la vie privé, le droit à la réputation et le droit au respect de la présomption d'innocence. Ainsi, puisqu'elle constitue une valeur économique, toute valeur doit être considérée comme un bien et par conséquent elle affecte également le droit de la propriété.

Actuellement, par le mouvement duquel le droit privé produit de nouveaux concepts semi-patrimoniaux, la notoriété doit être établie indépendamment de la preuve du fait auquel elle s'attache autrefois en

[163] Dictionnaire de la langue française, Emile Littré.
[164] Dictionnaire de la langue française, Larousse, 2009.
[165] Nicolas Raynaud DE LAGE, « *La notoriété* », Recueil Dalloz, 2000, p.513.

droit positif et ne doit pas être considérée comme une atteinte aux droits de la personnalité car si toute personne, connue ou non, jouit du droit au respect de la vie privé, de l'image, de l'honneur… seules les vedettes posséderaient le droit de commercialiser leur personnalité. Par conséquent, elle doit s'intégrer en droit positif en tant que telle, pour une meilleure sécurité juridique.

Nonobstant, la problématique dans le paysage juridique, est que le concept de la notoriété est un concept juridique qui parait d'importance secondaire en apparence, peu négligé par la doctrine. Vue ses effets sur le droit subjectif existant, il semble qu'il constitue une notion forte de la théorie juridique. En effet, puisqu'elle renvoie à la connaissance objective par un grand nombre de personnes, et que le phénomène social de la célébrité est une source de valeur constitué de cette même connaissance objective, dès lors, on peut supposer que la notoriété conceptualise le phénomène extra-juridique de la célébrité. Dès lors, il nous paraît judicieux de poser la question suivante qu'il est le rôle précis que le droit attribue à la notoriété ?

Ainsi, de nos jours et avec la vague des réseaux sociaux, beaucoup de monde est la recherche d'une portion de notoriété du fait qu'elle permet de bénéficier de certains droits. Donc, Peut-elle constituer un droit subjectif autonome?

Afin de répondre à cette problématique, il est primordial de déterminer la notion de la notoriété et d'étudier ses caractères par rapport aux autres concepts en relation. Puis vu la valeur économique qu'elle constitue et son intégration dans la sphère patrimoniale, elle est ainsi perceptible dans le droit de la propriété intellectuelle, dans le droit commercial, ou encore dans le droit des personnes. La notoriété peut ainsi consolider un droit patrimonial existant, elle peut aussi créer une protection patrimoniale nouvelle. Il s'avère important de déterminer sa fonction au sein du droit. Il ne s'agit plus de reconnaitre une considération indirecte de la notoriété par les droits existants, mais plutôt de prendre en compte sa protection à travers des droits qui lui seraient directement applicables.

Il s'agit alors d'étudier la reconnaissance de ce concept et d'analyser son traitement par le droit. On va essayer alors de montrer l'importance de la notoriété au sein de notre société et la nécessiter d'y organiser par le droit.

I. Notion de la notoriété

A. Ambiguïté d'un concept

La notoriété est un concept à la fois obscur et récent. A travers l'histoire elle a passé par différentes notions, actuellement elle semble évoluée pour donner un concept riche de sens.

1. Définition au fil de l'histoire

Historiquement, son véritable rôle était probatoire à l'époque médiévale. C'est ainsi qu'il n'en ait aucune trace en droit romain, qui faisait retour à l'écrit et au témoignage, et qu'était caractérisé par une pensée rationaliste du droit assez archaïque où l'accusé, s'il n'arrivait pas à rassembler un nombre suffisant de garants, il devait être soumis au duel ou à l'ordalie. Il fallait attendre qu'à partir du XIIe siècle à l'époque médiévale où la notoriété a pris naissance d'un droit savant mené de l'union du droit canonique et du droit romain critiqua le retentissement de l'église sur le système probatoire par moyen du serment et de l'ordalie. A l'époque, les canonistes ont inventé un concept juridique, qui ne permettait pas d'accélérer la gestion de la preuve, mais mieux encore, de l'interdire, ils évoquaient notamment que « *les délits notoires n'ont pas besoin d'être prouvés* »[166]. Parce que *« l'invention de la notoriété se justifie à l'époque par l'idée de la répression immédiate du scandale* »[167]. La notoriété concernait des faits tellement évidents qu'ils interdisaient toute discussion. Par ailleurs, elle était définitive et non susceptible d'appel ou d'apporter une preuve contraire toute décision rendue sur un fait notoire et scandaleux tel que l'inceste[168].

---

[166] David LEFRANC, op.cit., p.4

[167] J.-P. LEVY, La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la reconnaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle : Ann. univ. Lyon, 3ème série, fasc. n°5, Sirey, 1939, p.34.

[168] Première Epître de Saint Paul aux Corinthiens, I, II, 5 : « *On entend parler que d'impudicité parmi vous, et d'une impudicité telle qu'il n'en existe pas même chez les païens ; c'est à ce point que l'un de vous vit avec la femme de son père !*

Et vous êtes gonflés d'orgueil ! Et vous n'avez pas plutôt pris le deuil, pour qu'on n'enlevât du milieu de vous l'auteur d'une telle action ! Eh bien ! moi, absent de corps mais présent d'esprit, j'ai déjà jugé, comme si j'étais présent, l'auteur d'un tel forfait. Il faut qu'au nom du Seigneur Jésus nous nous assemblions, vous et mon esprit, avec la puissance du Seigneur Jésus, et que cet individu soit livré à Satan pour la perte de sa chair, afin que l'esprit soit sauvé au jour du Seigneur ».

La notoriété a conservé ce caractère probatoire pendant longtemps. Au Moyen Âge, ce caractère peut encore être découvert à travers le *notorium facti*, considéré comme étant au sommet de la hiérarchie des preuves[169]. En effet, la tradition chrétienne établit une distinction entre les infractions cachées et les infractions notoires, ces derniers étant évidemment punis plus sévèrement que les premiers[170].

Progressivement l'usage de la notoriété a évolué et lorsqu'elle était citée, elle permettait non seulement de prouver ou non un fait mais aussi de devenir une source de droits[171]. C'est ainsi qu'il semble que l'effet générateur de la notoriété est la reconnaissance de la coutume comme une pratique constante, générale et répétée. La notoriété se manifestera comme un facteur déterminant dans l'appréciation des critères constitutif de la coutume et non plus qu'un élément constitutif de cette dernière. Son existence renforce la présence de l'usage, qui sous l'influence de la notoriété, va acquérir plus de force et de cohérence[172].

2. Approche actuelle

De nos jours, il parait que la notoriété a beaucoup évoluée. Son concept est devenu riche de sens et presque indéfini puisqu'il est ambigu et peut recouvrir divers champs ou aspects.

En l'absence d'une définition proprement juridique, la doctrine considère d'une manière littéraire qu'il *est notoire ce qui est connu d'une manière sûre et par un grand nombre de personnes*[173].

D'ailleurs, **il est remarquable que dans notre temps moderne, la notoriété est prise par le langage à la mode. En fait, les sciences sociales comme les médias utilisent le terme « *notoriété* » pour parler de la**

---

[169] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 513

[170] « *La théorie de la notoriété n'a pas encore pu se dégager de sa fonction première, la répression du scandale. C'est seulement en 1199 que la distinction décisive est faite, par Innoncent III, entre le crime 'publicum ex evidentia', auquel est réservé le nom de notoire, et celui qui n'est que 'publicum ex fama'. Le premier seul peut-être puni en dehors de tout 'ordo iudiciarus', sans même qu'il soit besoin de témoignages pour le prouver. Le second au contraire entre dans l'hypothèse normale ou le procès suivra son cours* ». Lévy J.P, La hiérarchie des preuves, op.cit., p. 38-39

[171] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 513

[172] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 514

[173] Dupichot J. op.cit., p.10

« *célébrité* »[174]. Ainsi, la doctrine n'hésite pas à la tenir pour synonyme de la célébrité[175] . C'est comme elle a un sens dérivé, impliquant « *une célébrité avantageuse* »[176].

Il s'agit d'une opinion publique d'intensité variable avec toutes sortes de degrés[177]; qu'elle est peut-être distinguer d'une notoriété 'publique' : à forte intensité qui concerne la célébrité notamment les marques et le patronyme des vedettes, et d'une notoriété 'intime' à faible intensité qui concerne l'évidence tel que l'acte de notoriété, la démence notoire, le concubinage notoire, etc.

A cet égard, pour citer les critères de la célébrité, un auteur[178] relevait le besoin d'un 'gloriomètre', prenant en compte la notoriété et l'« admiration », évaluée à partir du nombre d'admirateurs, de l'intensité de leur sentiment et enfin de leur « valeur sociale très inégale ». On considérant que la célébrité recouvrerait par ailleurs des qualités différentes selon ses publics, selon notamment qu'elle bénéficie d'une légitimation sociale dans le cadre d'une « *culture savante* », ou qu'elle apparaît comme le produit d'une « *culture de masse* »[179].

Il semble que la notoriété à un lien étroit avec le public quel que soit sa nature. Il parait que la plupart des essais doctrinaux contemporains de définir ce concept proposent le public comme élément fondamental dans l'appréciation de la notoriété :

---

[174] Alain QUEMIM, « *Les stars de l'art contemporain : Notoriété et consécration artistiques dans les arts visuels* », CNRS EDITIONS, paris, 2013
Lilti Antoine, « *Figures publiques. L'invention de la célébrité (1750-1850)* », Paris, Fayard, 2014.

[175] « Notoriété : 2 parfois, renommée, réputation individuelle », Gérard CORNU, dir. Vocabulaire juridique, ass. H. Capitant, Puf, 8e éd., 2000, V° Notoriété.

[176] DUPICHOT J., La notoriété cette inconnue, op.cit., p.17-18

[177] DUPICHOT J., La notoriété cette inconnue, op.cit., p.40

[178] Gabriel Tarde, « *L'Opinion et la Foule* », Alcan, Paris, 1901, p. 6

[179] Myriam Juan et Nicolas Picard, « *Célébrité, gloire et renommée, Introduction à l'étude historique du fait d"' être connu de ceux que l'on ne connaît pas"* », Éditions de la Sorbonne « Hypothèses », 2012/1 15, pages 87 à 96., p. 94
https://www.cairn.info/revue-hypotheses-2012-1-page-87.htm

Notoriété : « *ce mot se dit en général de ce qui est connu publiquement* »[180].

« *Notoriété de fait, est quand un fait est si constant qu'on ne peut en douter* »[181].

« *Notoriété : état d'une personne ou d'un fait connus de tous* » et « *la notoriété est un degré supérieur de publicité. Le délit est connu de tous* »[182].

G. NOUTAIS-HOLO a essayée de définir la notoriété dans sa thèse, considérée comme première à traiter en particulier le concept de la notoriété en droit: *« … comme un élément de connaissance, d'attraction et de preuve permettant d'accroitre la vérité ou de constater la réalité, laquelle réalité connue de tous ou par le public peut s'avérer trompeuse voire inexacte* »[183]. Il ressort de cette définition que le public de la notoriété est un public abstrait.

« *Parce que la notoriété renvoie historiquement à la connaissance objective par un grand nombre de personnes, et parce que le phénomène social de la célébrité est source d'une valeur dont la base réside dans cette même connaissance objective, la notoriété constitue, dans son acception juridique même, le concept à travers lequel le droit saisit le plus finement cette réalité* »[184].

A travers cette connaissance du public constitutif de la notoriété, elle devra être source d'effets juridiques. Ainsi vu la difficulté d'en saisir une définition exacte à ce concept, il est nécessaire d'en détecter au moins ses caractères propres à elle.

B. Caractère différentiel de la notoriété

Vue l'absence d'une définition juridique proprement parler de la notoriété, il s'avère important d'analyser le concept d'une manière comparative avec d'autres concepts proches qui sont parfois employés

[180] GUYOT M., Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, nlle. Ed., Paris, visse libr., M DCC LXXXIV, spéc., p.223

[181] HERICOURT L., (de), Les lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel et une analyse du droit canonique, nlle. éd., M DCC LXXI, V° Notoriété.

[182] Naz R., Dictionnaire de droit canonique, Libr. Letouzey et Ané, 1957, V° Notoriété et V° Délit.

[183] Gracia Noutaïs-Holo, op.cit., p. 309.

[184] C.-A. MAETZ, op.cit., p.30.

comme synonymes, en déterminant son articulation et ses différences avec eux, puis en détectant ses caractéristiques propres à lui.

1. Notoriété et concepts voisins

Il est remarquable que conceptualiser le phénomène extra-juridique de la célébrité n'est pas une affaire aisée pour la doctrine. Il semble ainsi que le terme '*notoriété*' est le plus choisi pour cette fin. Toutefois, plusieurs notions voisines entrent en confusion avec la notoriété dont la plus remarquée est la renommée puisqu'elles renvoient toutes le plus souvent à l'idée de l'opinion publique. Or, ce sont des notions complètement différentes qui ne doivent pas être confondues et surtout traduire juridiquement la notion de '*célébrité*'.

Tout d'abord, la réputation, l'honneur et la considération, des termes qu'on associe le plus souvent avec la célébrité. Ainsi, la réputation représente la manière dont quelqu'un ou quelque chose est connu dans un public. Sauf qu'à la différence de la notoriété, la réputation est constituée de telle ou telle caractéristique, considérée comme une opinion favorable ou défavorable du public pour quelqu'un ou quelque chose[185]. En effets, chacun à une réputation bonne ou mauvaise mais pas forcément une notoriété, ainsi que la notoriété résulte d'un certain effort ou travail ce qui fait qu'elle soit peut être négocié contrairement de la réputation[186].

L'image quant à elle, semble aussi adaptée. Une personne notoire ou une entreprise qui défend son image défend ainsi sa notoriété. Or, l'image revoit aux droits de la personnalité par le droit à l'image qui assure indirectement la protection des vedettes[187] de telle façon que l'image renvoie à la notoriété et non seulement à l'apparence physique.

La publicité : elle est en quelque sorte proche de la notoriété contemporaine puisque toutes les deux sont en rapport avec la connaissance du public. Or, dans le fond, elles sont différentes. En effet, les éléments de faits de la publicité sont souvent loin de la vérité, qui caractérise la notoriété. Ensuite, la publicité s'impose comme la nouvelle norme de la représentation publique, il semble qu'elle est basée sur la volonté de faire la connaissance d'une personne ou d'une chose alors que

[185] Alain QUEMIN, op.cit., p. 11
[186] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 515.
[187] D. LEFRANC, op.cit., p.3.

la notoriété apparait comme spontanée et ne nécessite pas forcement l'intervention à faire connaitre tel ou tel fait. Par ailleurs, toute personne peut faire de la publicité mais ne peut pas forcément avoir une notoriété[188].

La renommée : elle est définie comme une opinion favorable d'un large public sur quelqu'un, quelque chose[189]. Depuis toujours les deux concepts sont considérés comme synonyme que ce soit par la littérature ou par la doctrine. Or, la notoriété est un concept, la renommée en est un autre[190] et l'histoire peut nous révéler la différence entre les deux concepts.

En effet, la renommée émane son entité de la *fama*[191] en droit romain antique et de toute société ancienne où l'opinion publique joue un rôle essentiel par la sanction du citoyen qui a la *fama* contre lui en le frappant d'*infamia* ou point que le citoyen de la société aristocratique de l'époque doit garder et conserver sa grandeur et son honneur pour ne pas tomber dans la voix du peuple. Cette voix qui pouvait être qu'une rumeur vraie ou fausse était prise en considération même dans un procès. A cet égard, si une personne a eu une mauvaise *fama*, elle pouvait être exclue de la société par contre si elle une *bona fama*, elle avait la chance que son procès soit en sa faveur[192].

De surcroît, la renommée renvoie à ce qu'était appelée *commune renommée*, qui *vaut « l'écho de rumeur publique, un « on-dit » présenté comme le reflet d'une opinion générale »*[193]. Elle concernait donc, des faits dont l'opinion avait entendu parler, c'est le fruit d'un sentiment général mais non clairement défini[194]. Quant à la notoriété, et comme nous l'avons déjà cité, elle est apparue qu'à l'époque médiévale et elle était prise aussi à

---

[188] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 515.

[189] Alain QUEMIN, op.cit., p. 11.

[190] D. LEFRANC, op.cit., p.3.

[191] La fama vient du latin feri qui correspond au verbe "parler". « *…le substantif fama est formé sur la racine du verbe fari qui a le sens de « dire ». Sur cette racine ont été formés aussi infamia et famosus*. », Elle correspond au « *degré minimal de la parole ; elle n'est qu'un bruit* ».
Jean-Pierre Neraudau, « La Fama dans la Rome antique », Médiévales n° 24, 1993, pp. 27-34, p. 27
https://www.persee.fr/doc/medi_0751-2708_1993_num_12_24_1267

[192] Jean-Pierre Neraudau, op.cit., p. 32

[193] G. Cornu, v° Commune renommée, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 7e éd., 1998.

[194] Nicolas Raynaud de Lage, op.cit., p.515.

l'instar de la renommée comme un élément de preuve dans la matière probatoire sauf qu'elle concernait des faits évidents que chacun, y compris le juge, pouvait voir par lui-même[195], elle relève donc de la conviction, de la connaissance avérée et vérifiée[196]. La doctrine affirme que « *Ce que tout le monde sait, le notorium facti, prévaut sans conteste sur ce que tout le monde dit, la fama. La vérité imprègne le premier parce qu'il est le fruit d'une appréciation objective. Le doute, l'incertitude habitent la seconde, empreinte de la subjectivité inhérente à l'intervention de l'opinion, de sorte que la fama est cantonnée au rang de simple indice* »[197]. C'est ainsi que la notoriété est une invention de toute première importance dans l'histoire du droit, parce qu'elle réussit ce tour de force d'objectiver le public[198].

De nos jours, les deux notions sont utilisées comme preuve dans le droit civil, notamment l'acte de notoriété qui consiste comme la preuve par commune renommée (les témoignages). Et puisque les deux notions se réfèrent au phénomène de la célébrité, elles sont aussi utilisées dans le droit des marques[199]. Dans ce domaine, elles se distinguent par référence au type de public selon que la marque est connue du grand public ou juste du public concerné par les produits et services qu'elle désigne[200]. Dans d'autre sens, le critère de distinction peut être tout simplement que la

---

[195] J.-P. LEVY, op.cit., p. 39.

[196] Nicolas Raynaud de Lage, op.cit., p.515.

[197] C.-A. MAETZ, op.cit., p.17.

[198] D. LE FRANC, op.cit., p. 5.

[199] Art. 137 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle : « *Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment:*
a. à une marque antérieure enregistrée ou ***notoirement connue*** *au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle;*
b. à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;
c. à un nom commercial ou à une enseigne connu sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;
d. à une indication géographique ou à une appellation d'origine protégée;
e. aux droits protégés par la loi relative à la protection des oeuvres littéraires et artistiques;
f. aux droits résultant d'un dessin ou modèle industriel protégé;
g. au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image;
h. au nom, à l'image ou à ***la renommée*** *d'une collectivité territoriale.* »

[200] V. A. BOUVEL, « La protection des marques renommées », J.-Cl. Marques - Dessins, modèles, Fasc. 7320, 2017, n°20 et s.

marque renommée est une marque célèbre enregistrée tandis que la marque notoire est une marque célèbre mais non enregistrée[201].

Il reste à voir qui parmi ces deux notions conceptualisent juridiquement la célébrité. Le choix est délicat puisqu'elles se réfèrent au public. A cet égard, dans sa thèse Monsieur David LEFRANC justifie que c'est la renommée qui est apte à être l'objet d'un droit subjectif et par ailleurs traduire juridiquement la célébrité[202] de sorte que son public est réel alors que celui de la notoriété est fictif et recouvrirait non pas des faits connus de tous mais ceux dont l'évidence n'est pas discutable[203]. Cependant, la célébrité désigne la connaissance que le public a d'une personne et ne dépend pas du genre d'individus, puisqu'il y on a qui malgré leur mauvaise réputation, ils deviendront célèbres et l'exemple type est ce qui se passe actuellement aux médias et les réseaux sociaux où l'accès à la célébrité est devenu très facile. Donc le fait d'être apprécié du grand public n'est pas un élément à prendre en considération[204].

D'ailleurs, monsieur C.A. MAETZ dans sa thèse sur la notoriété affirme: « *parce que la notoriété renvoie historiquement à la connaissance objective par un grand nombre de personnes, et parce que le phénomène social de la*

---

[201] F. POLLAUD-DULIAN, « *Marques de renommée, Histoire de la dénaturation d'un concept* », Propr. intell., oct. 2001, n°1, p.46 : « *L'alinéa 1 de l'article L.713-5 du CPI vise l'utilisation abusive d'une marque notoire enregistrée en France, que le législateur qualifie de marque de renommée, pour la distinguer de la marque notoire non déposée qui est visée à l'alinéa 2 et aux articles L.711-4 a) et L.714-4, comme le souligne la référence explicite à l'article 6 bis de la CUP opérée par ces deux textes. La différence tient à l'enregistrement en France (marque de renommée) ou à son absence (marque notoire), les deux bénéficiant de la même action en responsabilité contre les agissements parasitaires* »

[202] *« Même si on admettait que la renommée eut par le passé une utilité juridique effective, il est parfaitement clair que ce concept n'a jamais eu le sens de célébrité. Ainsi formulée, cette objection semble rigoureusement exacte. Mais son évidence n'est due qu'à une regrettable erreur de méthode. S'il faut choisir le concept de renommée pour appréhender le phénomène social de la célébrité, ce n'est pas parce que la renommée signifierait la célébrité. Si la renommée peut saisir juridiquement la célébrité, c'est en tant que concept juridique et non en tant que mot du vocabulaire courant* ». D. LEFRANC, op.cit., p.11.

[203] D. LEFRANC, op.cit., p. 4.

[204] Cécile Deschanel-Hebert, « *Le droit patrimonial à l'image: émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur* », Thèse de doctorat en droit privé, académie Aix-Marseille, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, Faculté de droit, Le 13 décembre 2017, p. 63.
https://www.researchgate.net/publication/324121968_Le_droit_patrimonial_a_l'image_emergence_d'un_nouveau_droit_voisin_du_droit_d'auteur

célébrité est source d'une valeur dont la base réside dans cette même connaissance objective, la notoriété constitue, dans son acception juridique même, le concept à travers lequel le droit saisit le plus finement cette réalité »[205].

2. Autonomie de la notoriété

A l'analyse des notions proches de la notoriété supra, on remarque qu'elle possède des caractères propres à elle qui la diffèrent des autres concepts dont notamment le caractère de vérité. C'est grâce à ce caractère de vérité ou des idées d'évidence que la notoriété s'est détachée de la renommée. En effet, c'est comme la différence entre la vue et l'ouïe. Juridiquement, l'œil était considérée supérieur à l'oreille[206], le premier représente l'objectivité et le second la subjectivité, c'est ainsi que le flagrant délit constituait un fait notoire[207]. La notoriété est véritable aux yeux de tous. Même la plupart des définitions essayées sur la notoriété montrent ce caractère: c'est « ce qui est connu d'une manière sûre et par un grand nombre de personnes»[208].

En plus du caractère de vérité, il apparait le caractère de connaissance par un groupe large de personne. Exemple : Audi est une marque allemande connue dans le monde entier, mais plus particulièrement en Europe. Depuis plusieurs années, elle cherche à développer sa notoriété aux États-Unis.

Ce caractère de connaissance mis la question sur la façon de son appréciation et sa mesure. La doctrine indique que la connaissance doive s'apprécier à *minima* et à *maxima*[209]. En effet, la notoriété se place entre ces extrémités; une connaissance insuffisante de personne ou de produit empêchera l'établissement de toute notoriété. Il est clair qu'un niveau minimum de connaissance est nécessaire pour établir la notoriété. La jurisprudence affirme que « *la notoriété d'une marque ne se mesure pas au nombre de personnes disposant des moyens d'acheter les produits qu'elle couvre mais peut fort bien être assise sur une production limitée réservée à*

[205] C. A. MAETZ, op.cit., n°11, p.30.
[206] David LE FRANC. Op.cit. p. 5.
[207] Le flagrant délit « rend le crime 'notoire' », CARBASSE J. M., Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, n°92, p. 167.
[208] Dictionnaire le Robert.
[209] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 516.

une minorité de privilégiés de la fortune »[210]. A partir du moment où la protection conférée à la marque notoirement connue est cantonnée par le principe de spécialité, rien ne justifie en effet d'exiger du public considéré dans son ensemble qu'il en ait connaissance[211]. Sa notoriété s'apprécie donc uniquement au regard des cercles concernés par les produits ou services proposés par le titulaire qui revendique la protection. Ainsi, d'après la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris[212] l'interprétation du caractère relatif de la marque est assouplie lorsqu'il s'agit d'une marque notoirement connue du public. La Cour accorde à celle-ci une zone de protection plus étendue qu'à une marque « ordinaire » en ce qui concerne le secteur de marchandises pour lequel s'applique la marque.

La justification de cette extension à la marque notoire se trouve dans le fait que la possibilité de confusion dans l'esprit du public sur l'origine des produits surgit d'autant plus facilement que la marque usurpée est connue du public[213].

Compte tenu de leur pouvoir souverain d'appréciation, c'est sur la base de cette large connaissance que la jurisprudence se fonde pour confirmer ou non l'existence d'une notoriété. Par ailleurs, on peut la considérer comme un élément subjectif d'appréciation à coté bien évidement des éléments subjectifs tels que l'image de la marque notoire et son montant publicitaire annuel…

En outre, malgré cet objectif impérieux d'atteindre plus de connaissance auprès du public pour se consacrer la notoriété, l'excès de connaissance peut la faire disparaitre. En effet, l'excès de notoriété d'un produit ou d'une marque tend à lui faire perdre son caractère d'élément distinctif. C'est donc, trop de notoriété tue la notoriété[214].

---

[210] CA Paris, 4e ch., 18 févr. 1993, Château d'Yquem c/ Yquem, PIBD 1993.546.III.393.

[211] DE WERRA, Jacques (Ed.). Marques notoires et de haute renommée / Well-Known and Famous Trademarks. Genève : Schulthess, L.G.D.J., 2011, 151 p., p.41

[212] 4e Chambre, 12 juillet 1955 (affaire « Conté »), Ann. 1956, 128 s. et ;j novembre 1958 (affaire «Lu»), .1. Cl. P. 1958 II 10802.

[213] Baeumer Ludwig, « *La protection de la marque de haute renommée en droit français et en droit allemand* », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 14 N°3, Juillet-septembre 1962. pp. 549-571., p. 553.

[214] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 517

Enfin, en plus du caractère de vérité et de connaissance considéré comme indispensable à la constitution de la notoriété, il s'y ajoute un autre caractère aussi important qui est la durée.

Contrairement au succès, la notoriété n'est pas de nature momentanée, elle est temporaire. En effet, le facteur du temps permet de transformer le succès en notoriété si ce succès se renouvelle d'une façon continue. Néanmoins, la notoriété n'est jamais éternelle car si l'un de ces deux principaux éléments constitutifs cesse d'exister, elle disparait par la suite[215]. Elle est donc de caractère fragile aussi, mais moins fragile que le succès tant qu'elle se fixe dans le temps. Toutefois elle n'est jamais définitivement acquise. Cela s'explique du faite que si elle veut exister, elle a besoin des supports extérieurs qui lui donne vie[216].

II. Qualification juridique de la notoriété

Avoir une notoriété, construire une notoriété, élargir sa connaissance au public, tels qu'ils sont les buts à atteindre par de nombreuses personnes aujourd'hui. Donc, la notoriété semble devoir être source d'effets juridiques. Elle doit être établie indépendamment de la preuve du fait auquel elle s'attache. Néanmoins, c'est lointain de reconnaitre une quelconque théorie générale de la notoriété.

A. Intégration de la notoriété dans la sphère juridique

Le droit est impérial d'étendu, il organise le delà des relations sociales. A ce propos, il doit s'adapter au développement de la société et organiser ses nouveaux phénomènes. En effet, il est connu l'influence des faits juridiques sur les droits subjectifs, qui peut être comme des conditions affectant leur attribution, leur exercice ou leur extinction. Parfois ces faits juridiques peuvent perturbés les droits subjectifs, parfois ils peuvent les perfectionner. A cet égard, la notoriété s'est introduite en droit privé indirectement par affecter les droits existants, plus particulièrement, les droits de la personnalité et les droits de la propriété intellectuelle.

1. Notoriété et droit de la personnalité

La notoriété contient une relation étroite avec le droit de la personnalité. Elle influe désormais les droits relatifs au nom de la personne

[215] ibid
[216] Nicolas Raynaud DE LAGE, op.cit., p. 517.

et à son image. Autrement dit elle affecte le droit au respect de la vie privé, le droit à la réputation et le droit au respect de la présomption d'innocence.

Alors que la notoriété enrichit les attributs de la personnalité, ces derniers donne à la notoriété un contenant ou un support. La notoriété et les attributs de la personnalité interagissent alors en véritable symbiose[217], des fois elle les prive des droits des fois elle en fait des bénéfices.

En principe, chaque individu bénéficie d'un droit au respect de sa vie privée qui est consacré par l'alinéa premier de l'article 24 de la Constitution marocaine. Cependant, l'évolution des techniques, notamment l'Internet, multiplie les risques d'atteintes aux droits de la personnalité. La protection accordée à la vie privée s'avère parfois fort délicate. C'est pourquoi, la protection de la vie privée des personnes notoirement connues est limitée à ce qui est étranger à leur notoriété[218]. Le champ de la vie privée d'une personne notoire ne peut recouvrir les mêmes restrictions qu'un simple particulier anonyme[219]. Il existe en effet un intérêt public ou un droit à l'information sur cette personne notoire[220]. Et donc, elle ne peut pas s'opposer à la prise ou à la publication de son image à chaque fois que le public à un intérêt légitime à connaitre ses nouvelles notamment ses activités.

L'appréciation de la protection de la vie privée de la personne notoirement connue n'est pas celle du commun. Toutefois, la notoriété ne

---

[217] C.-A MAETZ, op. cit, p.178, n°186.

[218] Jurisprudence constante depuis T. civ. Seine, 1re ch., 16 juin 1858, D. 1858, 3, p. 62. Depuis, une innombrable jurisprudence a suivi : TGI Seine, 22 févr. 1968, RIDA, juill. 1968, p. 184 ; Cass. 1re civ., 13 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 98 ; JCP 1988, IV, n° 212 ; D. 1988, IR p. 120 ; Gaz. Pal. 1988, 1, Somm. p. 157 ; TGI Paris, 14 mai 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 608, note Y. Chartier ; RIDA, oct. 1985, p. 171.

[219] « *…qu'indépendamment de la protection de sa vie privée, tout individu, fût-il célèbre, dispose sur sa propre image, attribut de sa personnalité, d'un droit exclusif, lui permettant d'autoriser ou non sa reproduction, de décider des conditions et circonstances de cette reproduction, et de s'opposer à ce qu'elle soit diffusée, quel qu'en soit le moyen, sans son autorisation expresse ou tacite (…)* ». TGI Nanterre, 6 avr. 1995, Cantona, Gaz. Pal. 1995, 1, p. 279.

[220] Dans ce sens, la révélation d'une opération chirurgicale subit par un comédien a pu être jugée comme « *nullement nécessaire pour l'annonce de la préparation d'un film* ». TGI Paris, 4 juill. 1984, D. 1985, IR p. 17.
https://www.legalis.net/actualite/le-journaliste-lhistorien-et-le-droit-au-respect-de-la-vie-privee/

vaut pas tolérance, mais diminue le seuil de ce qui n'est pas acceptable ou de ce qui viole la vie privée[221]. A cet égard, certains actes peuvent porter atteinte à la réputation et à l'honneur de cette personne ce qui donne droit à un dommage-intérêt surtout que le nom ou l'image acquiert aujourd'hui une valeur patrimoniale et peut être l'objet d'une exploitation commerciale.

En outre, la notoriété peut être un élément d'évaluation de l'étendue du préjudice[222]. Par exemple le cas d'utilisation des sosies[223], qui ne peuvent être préjudiciable que lorsqu'ils donnent lieu à une confusion au point de croire qu'on est devant la même personne et cette confusion s'apprécie le plus important selon la notoriété de la personne imitée[224] et serai inutile si notamment une personne non notoire réclame la confusion entre une autre personne et elle-même et aussi on ne peut pas croire qu'un publicitaire peut utiliser volontairement une personne qui ressemble à un particulier non notoire qui aux yeux du public est inconnue[225].

La notoriété parait donc comme un indicateur des atteintes portées aux attributs de la personnalité, elle a également un rôle crucial en ce qu'elle peut les faire pousser vers la zone patrimoniale. La doctrine affirme dans ce sens que : « *Tandis que la notoriété les enrichit d'une dimension patrimoniale, les attributs de la personnalité offrent à la notoriété un réceptacle, un support, à défaut duquel, pour frugifère qu'elle soit en théorie, la valeur économique qu'elle représente s'évaporerait au ban du droit, condamnée par son inaptitude à la diffusion* »[226].

En effet, la notoriété est une source légitime de profit[227], l'exemple type est la technique du franchisage qui permet au franchiseur de réitérer un

---

[221] A. FRANCON, « *Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique* », RIDA, 1972, p 153.

[222] Cécile Deschanel-Hebert, op.cit., p. 64.

[223] Une personne ressemblant trait pour trait à une autre.

[224] V. par exemple : TGI Nanterre, réf., 23 mars 2007, J.-L. Delarue c/ Société de conception de presse et d'édition (Scpe),
https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-nanterre-ordonnance-de-refere-23-mars-2007/

[225] Cécile Deschanel-Hebert, op.cit., p. 64.

[226] C.-A MAETZ, op. cit, p.178.

[227] V. P. le Tourneau : Le parasitisme dans tous ses états, Recueil Dalloz, n°42, 2 décembre 1993, D. 1993, p. 310; V. aussi Le parasitisme, Paris, Litec, 1998, n° 106, p. 83.

succès commercial et de l'amplifier dans l'espace[228]grâce à sa notoriété sans avoir besoin de faire d'investissements supplémentaires.

Ainsi, il existe un droit patrimonial sur le nom notoire. A cet égard, la notoriété de son titulaire initial confère au nom sa valeur économique, et non seulement son utilisation comme signe distinctif[229]. C'est pourquoi le détachement du nom de son titulaire ne résulte pas de son utilisation comme marque, nom commercial ou dénomination sociale, mais uniquement de sa notoriété. C'est elle qui va induire entre le nom et l'individu « *une relation d'extériorité de sujet à objet* »[230] et qui va permettre au nom de devenir l'objet d'un droit patrimonial.

De surcroit, la notoriété est une source de richesse en ce qu'elle valorise une activité économique dont elle augmente le profit.[231] D'ailleurs, elle est d'une valeur importante en publicité puisqu'elle offre un sentiment de confiance au consommateur qui va s'encourager à acheter plus le produit ou le service, ce qui justifie la grande ambition de devenir notoire actuellement avec les réseaux sociaux (instagram, youtube...).

En revanche, il est possible d'avoir une appropriation à cette valeur patrimoniale. La propriété attachée à la notoriété va permettre d'en dégager tous les droits qui y sont afférents en particulier la possibilité d'obtenir la sanction et la réparation d'éventuelles infractions commises à son encontre.

---

[228] P. le Tourneau, « *Les contrats de franchisage* », LexisNexis, 2007, p. 7.

[229]Cécile Deschanel-Hebert, op.cit, p. 68.

[230] G. LOISEAU, « *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français* », Rev. Droit McGill, 1997, vol. 42, n°374, p.370-371.

[231] « *le droit à l'image a un caractère moral et patrimonial ; que le droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel et se transmet aux héritiers ; que le fait pour un grand acteur d'être devenu un homme célèbre, loin de permettre la libre utilisation de son image à des fins commerciales, rend au contraire plus nécessaire encore l'autorisation qu'il peut soit refuser par dignité, soit accorder moyennant finances, et à un tarif d'autant plus élevé qu'il est mieux connu et apprécié du public ; qu'il en est de même pour les héritiers qui sont en droit d'exercer le droit patrimonial leur ayant été transmis* ». TGI Aix-en-Provence, 1ère ch., 24 nov. 1988, aff. dite Raimu, in. Christophe Bigot, « *La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers* », LEGICOM 1995/4, n° 10, pages 28 à 35, p. 31.
https://www.cairn.info/revue-legicom-1995-4-page-28.htm

2. Notoriété et le droit de la propriété intellectuelle

Toute valeur doit être considérée comme un bien[232]. En effet, la doctrine considère que la notion de bien embrasse tout ce qui a une valeur patrimoniale, c'est-à-dire tout ce qui peut être évalué en argent et par conséquent le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle des richesses[233]. Puisque les biens sont des choses qu'il est utile et possible de s'approprier[234], le droit exclu certains éléments utiles tels que le corps humain qui ne doit pas faire l'objet de marchande, et d'en permettre de réserver certaines valeurs tels que les créations littéraires ou artistiques. Et donc seule une intervention législative peut autoriser une chose immatérielle à faire l'objet d'une appropriation[235]. C'est ainsi que le législateur a tardé à consacrer rapidement la protection de la valeur économique de la notoriété.

Nonobstant, d'après la doctrine, il est possible de se passer de l'intervention du législateur et de qualifier la notoriété parmi les choses incorporelles[236] tant que l'article 544 du Code civile français peut supporter toutes les choses incorporelles[237].

En outre, au Maroc, la dénomination « *bien immatériel* » n'est mentionnée ni dans le DOC, ni dans le Code de Commerce. Or, les textes reconnaissent l'existence de ces biens qu'ils qualifient de « *meubles incorporels* ». De plus, sur le terrain doctrinal, la doctrine marocaine, à l'instar de toutes les doctrines de Droit Continental, utilise ladite dénomination.

Concernant le DOC, il fait référence aux biens immatériels sous le vocable « droits incorporels » dans plusieurs reprises[238], notamment dans l'article 57 du DOC qui dispose que « *Les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objet*

---

[232] A. PIEDELIÈVRE, « *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien* », in Aspects du droit privé en fin du XXème siècle, p.56.

[233] P. SIMLER, « *Les biens* », PUG, 2ème éd., 2001, n°1, p .1.

[234] ibid

[235] Cécile Deschanel-Hebert, op.cit., p. 70.

[236] F. ZENATI, « *Pour une rénovation de la théorie de la propriété* », RTD civ. 1993, p. 305

[237] Le droit de propriété est : « *le droit de jouir (c'est-à-dire profiter) et de disposer des choses de la manière de la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements* ».

[238] neuf (9) fois.

d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter ».

Aussi et sans toutefois préciser l'immatérialité des biens, l'article 80 du Code de Commerce fait la liste des biens meubles incorporels qui constituent le fonds de commerce dans les termes suivants : « *Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage. Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l' exploitation du fonds tels que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et l' outillage, les brevets d' invention, les* ***licences, les marques de*** *fabrique, de commerce et de service, la dessins et modèles industriels et, généralement, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés* ».

Par conséquent, la notoriété pourvue de valeur peut constituer l'objet d'un droit de propriété et qui, pour certaine doctrine, le droit moteur de cette notoriété est un droit réel spécial édicté par la jurisprudence[239]. Ainsi que l'existence des listes non exhaustives des biens immatériels permet la possibilité d'appliquer la notoriété aux biens immatériels ou les biens meubles incorporels par le juge, idée confirmée également par la doctrine qui s'interroge: « *peut-on aller plus loin et dire que la notoriété constitue en fait un bien incorporel* ? »[240]. Donc, à l'instar des droits de propriété intellectuelle, le droit de la notoriété est un droit acquis, transmissible, prescriptible et saisissable[241].

Etant donné que la notoriété ''*patrimonialise*'' les droit extrapatrimoniaux en attribuant aux personnes célèbres un monopole d'exploitation, l'appropriation de la notoriété devrait être réservée aux personnes physiques ou morales qui se sont investies humainement ou matériellement[242]. Par ailleurs, la notoriété résultant de faits divers ne fait pas l'objet d'un droit de la notoriété puisqu'il n'y a pas eu de volonté manifeste d'accéder à cette dernière. A cet égard, la notoriété diffère de la

[239] J.-M. BRUGUIÈRE et B. GLEIZE, Droits de la personnalité, Ellipses, 2015, p.84.
[240] Loiseau G., « *Le nom, objet d'un contrat* », préf. GHESTIN J. LGDJ, Bibl. de. Privé, t. 274, 1997, spéc. n°380, p. 375.
[241] J.-M. BRUGUIÈRE et B. GLEIZE, op. cit., n°85, p.87.
[242] C.-A. MAETZ, op.cit., p.367.

célébrité du fait que cette dernière peut être spontanée, elle est nécessairement construite[243].

En fin, il est certain que la notoriété affecte les droits subjectifs. Donc, Il est possible de radicaliser plus encore l'intégration de la notoriété au droit privé.

B. Etendu du droit de la notoriété

Il ne s'agit plus de reconnaitre une considération indirecte de la notoriété par les droits existants, mais plutôt de prendre en compte sa protection à travers des droits qui lui seraient directement applicables. Cependant, il parait difficile d'en accorder une place assez importante par une autonomie dans le paysage juridique.

1. Nécessité d'un droit subjectif autonome de la notoriété

En l'absence de droit spécifique, il est remarquable que la pratique n'attende pas la théorie, la pratique montre que la notoriété est déjà considérée comme un objet de droit exclusif spécifique à l'instar des autres droits voisins et les entrepreneurs ont réalisés la valeur commerciale de la notoriété[244]. En effet, les sujets de droit ne se réunissent pas pour édicter la loi mais plutôt pour gagner de l'argent et par conséquent, ils n'hésitent pas à discuter les intérêts ignorés du droit positif. Et ceci se fait par le crucial outil juridique à savoir le contrat, qui grâce à lui la pratique réussit à constituer la notoriété en un bien juridique[245]. La responsabilité civile fait donc la mission le plus souvent ou encore par l'appel des droits subjectifs préexistants qu'on éloigne de leurs objectifs pour conserver la notoriété. En quelque sorte cela mène à une défiguration de ces droits par la notoriété. En d'autres termes, cette défiguration nécessite un réel besoin de protection.

Dès lors, la majore protection que cherchent les personnes appréciées du grand public qui veulent l'exploitation de leur notoriété est d'assurer une place juridique de leur notoriété pour imposer à quiconque la reconnaissance de l'existence juridique du bien qu'elle constitue afin de conserver les fruits du profit de cette notoriété, ainsi de récompenser indirectement la vedette qui a offert au public un objet d'admiration, sans

[243] Cécile Deschanel-Hebert, op.cit., p. 71.
[244] A. BREUIL, « *Image de marque et notoriété* », Dunod, coll. La vie de l'entreprise, 1972.
[245] D. LEFRANC, op.cit., p.299.

que ceci encourage les personnes à la célébrité[246], c'est tout simplement une récompense de la personne notoire pour son talent[247], qui va pousser cette personne talentueuse à faire plus d'efforts pour avoir des contrats de lancement et d'exploitation[248]. Par ailleurs, l'objectif principal d'un nouveau droit subjectif exclusif sur la notoriété est de répondre au besoin de protection des justiciables et préserver la valeur de la notoriété.

A cet égard, on prend en considération la nature incorporelle de la notoriété, il est dangereux que l'appropriation de l'immatériel se développe en dehors du droit de la propriété intellectuelle puisque la propriété intellectuelle et le droit des biens ont le même rôle d'organiser le pouvoir qu'une personne peut exercer sur une chose[249]. En effet, il y aurait peut-être un risque que **les** choses incorporelles qui ne remplissant pas les conditions d'accès à la propriété intellectuelle se retournent aux dispositions du droit civil, ce qui réduit considérablement l'importance du droit spécial[250]. Par ailleurs, L'équilibre entre la propriété corporelle et la propriété incorporelle implique que la première s'applique aux biens matériels et la seconde régit les biens qui leur appréhension matérielle semble impossible. Dans ce sens, « *La notoriété étant notamment caractérisée par son immatérialité, il nous semble plus naturel de considérer les propriétés incorporelles existantes à commencer par le droit de la propriété intellectuelle dont la protection est bien distincte du Code civil*

---

[246] « *Si l'encouragement créé par le droit au respect de la notoriété est tout simplement l'encouragement à devenir célèbre, on peut se demander si la société estime la renommée pour elle-même, c'est-à-dire si elle veut payer pour créer des encouragements à la production de la renommée. Peut-être peut-on présumer que la réponse sera négative, car cela ne parait pas être l'encouragement sur lequel repose principalement l'argument économique. Celui-ci se présenterait plutôt de la façon suivante : récompenser la renommée est bénéfice parce qu'on récompense, indirectement, la plus haute réussite dans les activités qui attirent la renommée.* ». BARBET S. R., Le droit dit « right of publicity », au Etats-Unis d'Amérique à la croisé des chemins : RIDA avr. 1994, n° 160, p. 18.

[247] « *La notoriété du nom se mesure à son pouvoir d'évocation : le patronyme notoire est celui qui évoque d'emblée, dans l'esprit du public, la personnalité de son porteur, celui qu'on associe à une personne particulière encore qu'on ne la connaisse pas personnellement* ». LOISEAU G., « *Le nom, objet d'un contrat* », préf. GHESTIN J., LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 274, 1997, spéc. n°350, p. 345.

[248] D. LEFRANC, op.cit., note 273 et s. p. 264

[249] C. CARON, « *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle* », JCP G, 2004, I, p. 162.

[250] ibid

»[251]. Cependant, cet équilibre est parfois rompu, car l'incorporalité d'un bien n'empêche pas toujours l'application des dispositions du droit civil[252], tel est le cas du fonds de commerce. Parmi ces choses incorporelles, ceux qui ont la capacité d'être présents dans plusieurs lieux simultanément ne peuvent être appréhendées par la propriété civiliste. Véritablement, cette propriété civiliste ne sait gérer que la valeur économique produite par une rareté de fait inhérent à la chose[253]. Par conséquent, le droit civil est incapable de garantir la protection de biens qui ont la capacité d'être présents dans plusieurs lieux en même temps et dont les exploitants peuvent jouir à volonté sans pour autant le soustraire à son véritable titulaire[254]. Par ailleurs, le droit de propriété n'est pas capable, seul à assurer la réservation de la notoriété.

Bien évidemment, vu que la notoriété est souvent présentée comme des droits extra-patrimoniaux[255], le droit à la notoriété sera un véritable droit subjectif capable d'accueillir la nature semi-patrimoniale de la notoriété et octroyer à la notoriété son existence juridique. A cet égard, la jurisprudence confirme : « *Mais la notoriété, une fois acquise, peut faire l'objet d'une exploitation autonome et l'on constate qu'au-delà d'une simple sauvegarde des activités économiques, le droit permet la création d'un véritable monopole sur la notoriété en contrôlant les opérations juridiques dont elle peut faire l'objet. (…) La faculté d'exploitation de ce bien est identique au monopole du propriétaire sur sa chose et mérite la même protection* »[256]. Dans le même sens, « *la notoriété est une source de richesse en ce qu'elle valorise une activité économique dans elle augmente le profit ce qui justifie que, le plus souvent, le droit la protège à travers cette activité dont elle émane* »[257].

---

[251] J.-M. BRUGUIÈRE et B. GLEIZE, op. cit., p.87.

[252] « Le modèle civiliste de l'article 544 du Code civil peut donc s'appliquer à des objets incorporels, cela ne veut pas dire qu'il ait vocation à s'appliquer à toutes les choses incorporelles… ». P. GAUDRAT, « *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples* », RTD Com. 2011, p.562.

[253] P. GAUDRAT, op.cit., p.562.

[254] Cécile Deschanel-Hebert, op.cit. p. 74.

[255] COHEN Dany, « *Le droit à* », in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz - PUF- Éditions du Jurisclasseur, 1999, p. 393-400, p. 393

[256] TGI Aix-en-Provence, 1ère ch., 24 nov. 1988, aff. dite Raimu, in. Christophe Bigot, op.cit., p. 31.

[257] Ibid.

Rappelons que tout droit subjectif se caractérise par une *cause*, un *objet* et des *moyens* particuliers. En effet, pour être subjectif, la cause du droit à la notoriété consiste dans l'intérêt qu'elle offre à son bénéficiaire qui pousse le sujet à en obtenir la jouissance[258], cet intérêt mène aussi à la consolidation d'une situation préconçue[259] ce qui procure au droit subjectif une mission de sécurité juridique. Concernant l'objet du droit à la notoriété, il a pour mission de garantir une puissance absolue sur les conditions de la présentation du sujet au public[260]. Pour les moyens particuliers donnant à la notoriété un caractère subjectif, elles semblent difficiles à discerner. Ce sont des éléments qui nécessitent plus de protection juridique que la protection préexistante dans la législation telle que le droit civil en cas de responsabilité civile où la doctrine s'interroge : est-il indispensable de gravir un « *un échelon supérieur de protection* ?»[261]. En général, ce n'est pas important d'avoir un droit exclusif pour la sanction d'un simple devoir général de ne pas porter atteinte à la notoriété d'autrui**. Dès lors, c**e n'est que lorsqu'il est prouvé que la droit positif ne peut pas assurer une protection suffisante de cette valeur, qu'il est vraiment nécessaire de formuler un nouveau droit[262].

Dans ce sens, le cas du parasitisme où la liberté du commerce autorise théoriquement la déloyauté commerciale sous le prétexte de la libre concurrence dès que les clientèles visées sont distinctes, la doctrine du parasitisme pour désigner la faute, insiste sur le caractère immoral des pratiques parasitaires[263] mais d'autres affirment que : « *en vérité, c'est le succès, ou la réussite, que l'on veut protéger par l'exclusivité. La référence sentimentale au travail ou aux efforts se dissipe vite, ne serait-ce que parce*

---

[258] « *La situation juridique subjective a pour but de créer principalement des prérogatives ou des avantages. (…) Et c'est pour cela que ces situations sont recherchées et désirées par les particuliers, et qu'ils sont heureux de pouvoir, en parlant d'elles, dire : c'est mon droit* ». ROUBIER P., Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1963, spéc. n° 9, p. 72.

[259][259] « *La situation juridique subjective a un caractère de situation préétablie. Elle n'apparait pas comme une simple réaction de de l'ordre juridique su un fait ou un acte donné ; elle constitue une position prise à l'avance et qui est destinée à assurer à son bénéficiaire les effets juridiques qu'elle doit produire.* », ROUBIER P., op.cit., p.72.

[260] D. LEFRANC, op. cit., p. 318

[261] P. ROUBIER, op.cit., p.68

[262] D. LEFRANC, op. cit., p. 398

[263] DRUEZ-MARIE C., Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes : Petites affiches déc. 1998, n° 154, p. 5.

que la réussite n'y est pas toujours proportionnelle. Avec franchise, on explique que la 'notoriété' doit être protégée en tant que telle »[264]. De surcroît, malgré la relation étroite de la notoriété avec le droit de la propriété intellectuelle; pilier du droit civil, le droit préexistant ne suffit pas à une protection efficace du fait que des droits de propriétés sont dynamiques[265].

Dès que s'est montrée l'inefficacité des droits préexistants, un nouveau droit exclusif sur la notoriété doit être invoqué. Par conséquent, ce nouveau droit doit combler les prérogatives des justiciables. Cela correspond à rendre l'exercice du droit sur la notoriété *subsidiaire*[266] par rapport à celui des droits subjectifs préexistants qui sont tous simplement ses supports à savoir le doit des marques[267], le droit d'auteur[268] et les droits de la personnalité[269].

Toutefois, la formation d'un nouveau droit exclusif à la notoriété ne vaut pas nier les règles du droit préexistants mais il serait une sorte de compléter les lacunes du droit positif sans menacer sa cohérence.

2. Dépendance relative de la notoriété de ses supports

Compte tenu sa grande importance dans le paysage juridique, que ce soit dans le domaine de la preuve, des marques, du nom, ou encore du droit de la famille, la notoriété mérite être prise en compte exclusivement dans le droit. Toutefois, il est remarquable de façon récurrente qu'elle n'est

---

[264] PARLEANI I. et PARLEANI G., la tentation du Moyen Age, L'exemple du parasitisme : Mlges. En l'honneur de Christian GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001, p.253.

[265] « *Une position plus audacieuse consisterait à accorder à l'émetteur d'une idée un droit spécifique, relevant des droits privatifs (…) longtemps, j'ai répugné à franchir ce pas (…) parce que j'avais sans doute une vision figée du droit de la propriété. Or, celui-ci est dynamique, et rien ne justifie une limitation définitive et abstraite des droits de propriétés* ». LE TOURNEAU P., Folles idées sur les idées : CCE fév. 2001, chron. n°4, spéc.n°38.

[266] D. LEFRANC, op.cit., p.170.

[267] Il sera invoqué par les vedettes pour sanctionner les idées publicitaires telles que l'usage illicite des images, personnages, slogans…

[268] Il sera invoqué à chaque fois que l'action de contrefaçon ne sanctionnera pas l'usage par un tiers d'une œuvre tel que le concept d'une émission, le talent, les personnages…, il s'agit de protéger leurs attractions commerciales.

[269] Il sera peut être invoqué pour sanctionner l'exploitation commerciale des signes d'individualité des vedettes.

qu'un accessoire[270]surtout avec la difficulté de sa qualification en un bien intellectuelle, elle ne peut être pas accueillie dans le droit subjectif comme nous l'espérons.

En fait, « *Il est vrai que la notoriété, tout comme la crédibilité, permettront de calculer le prix du contrat, elles seront un baromètre, un 'instrument de mesure'. Mais cela ne suffit pas à en faire un objet de droit, qui serait par trop fuyant ou mouvant…* ». Monsieur Claude-Albéric Maetz en rajoute que ce n'est pas nécessaire de créer un nouveau droit subjectif pour la notoriété, parce que le droit de propriété prévu dans le Code civil français[271] est très approprié pour établir la protection de la valeur économique de la notoriété et peut s'appliquer sans difficulté aux choses incorporelles[272].

En effet, suivant certaine doctrine qui considère que les droits intellectuels sont ceux qui supportent une chose qui a une existence purement intellectuelle et non seulement ceux qui portent sur une création intellectuelle[273], la notoriété est vraiment impalpable. Contrairement à la création, ou à l'image-reproduction, elle est considérée comme « *le fruit d'une industrie, d'un talent, d'investissements »*[274], qui doivent se continuer dans le temps pour empêcher la disparition de la notoriété. Elle n'est donc jamais finie, impliquant une activité qui doit être constamment renouveler.

Ainsi, malgré l'importance du public dans l'existence de la notoriété, l'impact de cette dernière sur lui reste limité. On en rajoute que la notoriété n'est pas une création pure, ne résultant pas d'un travail créatif, mais plutôt une création fondée à partir de quelque chose qui n'existe pas[275]. Pourtant, cela n'empêche pas qu'elle soit considérée comme un objet de propriété

[270] N. RAYNAUD DE LAGE, op.cit. p. 523.

[271] L'article 544 du Code civil français : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

[272] C.-A MAETZ, op.cit, p.380.

[273] PICARD, « *Le droit pur* », Bruxelles-Paris, 1899, p.78 et 79.

[274] C.-A MAETZ, op.cit, p.365.

[275] G. LOISEAU, « *Le droit patrimonial à l'image en attente* », JCP G 2009, II, 10025, p. 2228, note sous Cass. com., 6 mai 2003, Ducasse c/Sté Alain Ducasse, « …il y a *dans la personnalité notoire, une sorte de création façonnée par la personne qui a œuvré à sa célébrité* ».

littéraire et artistique tant que les producteurs par exemple sont titulaires de droits voisins du droit d'auteur.

En général, ces remarques se concrétisent lors de l'étude de sa notion. En effet c'est une notion éphémère qui s'attache uniquement sur certains éléments tels que le nom, l'image, la voix, la marque, l'œuvre de l'esprit, dont ils lui sont indispensables pour exister. Par conséquent, « *La notoriété n'a pas, à proprement parler, de corpus. Comme le coquillage a besoin du rocher pour vivre* »[276], elle nécessite alors un support extérieur pour avoir une force et une réalité. En soi, la notoriété n'a pas d'existence propre ou autonome, elle ne demeure qu'une enveloppe[277].

Il est vrai que la notoriété est une source de droits et nécessite une protection juridique, mais comme nous l'avons vu précédemment, elle est comme un baromètre d'une valeur économique attachée à elle qui provient du niveau de connaissance du public. C'est cette valeur qui est en réalité protégée et non pas la notoriété elle-même.

C'est ainsi qu'il est difficile d'admettre l'idée d'un contrat qui ne se rapporte qu'à la notoriété, puisqu'elle n'intéresse pas l'investisseur qui ne peut pas en faire commerce en tant que telle du fait qu'elle ne peut être perçu que par le support qui la porte. De surcroît, les contrats sur l'image, qui concerne même les personnes non notoire[278], telles que les mannequins qui exploitent leur image sans qu'ils aient une célébrité, mais pour une finalité d'acquérir la notoriété et aussi c'est le cas des participants aux émissions de compétition musicale ou théâtrale, ceci dit que « *la notoriété résulte généralement d'une exploitation antérieure de sa personnalité* »[279]. En revanche, dans certains cas, l'image et la voix peuvent représenter, en particulier, une valeur économique en dehors de la notoriété de la personne qui en fait le commerce[280].

---

[276] N. RAYNAUD DE LAGE, op.cit. p. 523

[277] ibid

[278] « *Outre que les limites de la notoriété sont pour le moins évanescentes, il est notable que le marché de l'image concerne aujourd'hui des personnes non célèbres* ». T. HASSLER, « *Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image* », Légipresse, 2007, n°245, II, p 126

[279] I. TRICOT-CHAMARD, Contribution à l'étude des droits de la personnalité. L'influence de la télévision sur la conception juridique de la personnalité, PUAM, 2004, p.267

[280] « *L'image et la voix peuvent dans certains cas représenter en tant que telle une valeur économique, indépendamment de la notoriété de la personne qui en fait le commerce. Que*

Toutefois, on ne peut nier l'utilité de la notoriété dans le paysage juridique, qui n'est pas seulement un instrument de mesure d'une valeur économique, elle ne saurait se fondée uniquement sur cette valeur, mais peut être aussi sur la promotion du talent où la pratique contractuelle montre d'avantage les contrats de cession et de licence sur la notoriété.

Et comme on a signalé aux développements précédents, le droit exclusif sur la notoriété est subsidiaire envers les droits préexistants portant sur les supports de la notoriété, donc on ne peut pas considérer qu'il n'est pas à la hauteur d'un droit proprement autonome, mais plutôt mixte et autonome.

Conclusion :

Le concept de la notoriété est considéré actuellement comme un concept à la mode. A part son rôle probatoire autrefois, il a plusieurs utilités dans la sphère juridique. Toutefois, il reste ambigu et confus avec plusieurs concepts voisins qui s'associent dans un élément constitutif important qui est le public et pouvant designer le phénomène de la célébrité, mais malgré cette difficulté, la notoriété peut révéler ses caractères propres et traduire seule ce phénomène en droit privé.

Compte tenu de son importance économique, la notoriété semble ambivalente, elle est entre les droits patrimoniaux et les droits extra-patrimoniaux et peut être considérée par ailleurs comme un concept semi-patrimonial. En effet, elle parait comme un indicateur des atteintes portées aux attributs de la personnalité, et peut les faire pousser vers la zone patrimoniale, par conséquent, il est possible d'avoir une appropriation à cette valeur patrimoniale.

Etant donné son immatérialité, il est important d'imposer aux tiers la reconnaissance de l'existence de la notoriété pour qu'elle constitue un bien juridique afin de la préparer à s'intégrer dans le droit privé.

---

l'on songe par exemple au mannequin, dont c'est la beauté, ou plus généralement l'esthétique qui est rétribuée à travers l'image, ou encore à l'artiste de spectacle. Idem pour le chanteur, dont la voix constitue l'objet et la finalité même de la convention d'exploitation. La commercialisation de l'image et/ou de la voix est alors endogène de l'activité exercée. Ils ne sont ni appréhendés, ni valorisés pour le pouvoir d'évocation que recèle les attributs de la personnalité notoire. Dans ce dernier cas, et bien que la notoriété ait pu naître à l'occasion de l'activité, l'exploitation des attributs de la personnalité est exogène de celle-ci ». C.-A. MAETZ, op. cit., p.177.

Tantôt revenant aux droits préexistent portant sur ses supports, tantôt autonome dans son organisation juridique, il est possible d'en avoir un droit exclusif qui sera un véritable droit subjectif de la catégorie des droits intellectuels. C'est un droit qui va réserver l'utilité économique de la notoriété. Le rôle de ce droit n'est certainement pas à remplacer les droits subjectifs existants, mais plutôt d'éviter leur dénaturation en les complétant utilement.

Le droit de la notoriété revient aux personnes célèbres, il est alors possible d'inclure les contrats d'exploitation de la notoriété à la catégorie des contrats nommés.

Références bibliographique

Bibliographie :

Alain QUEMIN, « *Les stars de l'art contemporain. Notoriété et consécration artistiques dans les arts visuels* », Paris, CNRS, coll. « Culture & société », 2013.

Alain PIEDELIÈVRE, « *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien* », Les aspects du droit privé en fin du XXème siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Paris, Montchrestien, éditions techniques, 1986, p.55 et s.

André BREUIL, « *Image de marque et notoriété* », Dunod, coll. La vie de l'entreprise, 1972.

André FRANCON, « *Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique* », RIDA, 1972.

Antoine LILTI, « *Figures publiques. L'invention de la célébrité (1750-1850)* », Fayard, Paris, 2014.

Baeumer Ludwig, « *La protection de la marque de haute renommée en droit français et en droit allemand* », Revue internationale de droit comparé. Vol. 14 N°3, Juillet-septembre 1962.

Catherine DRUEZ-MARIE, « *Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes* », LPA, n°154, 25 décembre 1998.

Cécile Deschanel-Hebert, « *Le droit patrimonial à l'image : émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur* », Thèse de doctorat en droit privé, académie Aix-Marseille, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, Faculté de droit, Le 13 décembre 2017.

Christophe CARON, « *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*», JCP G, 2004, I, 162 et Cah. dr. entr. 4/2004.

Claude-Albéric MAETZ, « *La notoriété - Essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2010.

Dany COHEN, « *Le droit à* », in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz - PUF- Éditions du Jurisclasseur, 1999, p. 393-400.

Dictionnaire de la langue française, Larousse, 2009.

Dictionnaire de la langue française, Emile Littré.

Edgar MORIN, « *Les stars* », 1956, réed. Le Seuil, 1972.

Edmond PICARD, « *Le droit pur* », Ernest Flammarion, Paris, 1908.

Françoise BENHAMOU, « *L'économie du star-system* », Odile Jacob, 2002.

Frédéric POLLAUD-DULIAN, « *Marques de renommée, Histoire de la dénaturation d'un concept* », Propr. intell., oct. 2001, n°1, p.46.

Frédéric ZENATI, « *Pour une rénovation de la théorie de la propriété* », RTD civ. 1993, p. 305.

Gabriel Tarde, « *L'Opinion et la Foule* », Alcan, Paris, 1901, p. 6

Georges MINOIS, « *Histoire de la célébrité. Les trompettes de la renommée*», Perrin, 2012.

Gracia Noutaïs-Holo, « *La notoriété* », ANRT, Lille, 1999.

Grégoire LOISEAU, « *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français* », Rev. Droit McGill, 1997, vol. 42, n°374, p.370-371.

Grégoire LOISEAU, « *Le droit patrimonial à l'image en attente* », La Semaine juridique, édition générale (JCP G.) (Paris), n° 7, 11 février 2009, II, 10025, pp. 31-33

Grégoire Loiseau, « *Le nom, objet d'un contrat* », préf. GHESTIN J. LGDJ, Bibl. de. Privé, t. 274, 1997, spéc. n°380, p. 375.

Isabelle et Gilbert PARLEANI, « *La tentation du Moyen Age, L'exemple du parasitisme* », Mlges. En l'honneur de Christian GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001.

Isabelle TRICOT-CHAMARD, « *Contribution à l'étude des droits de la personnalité. L'influence de la télévision sur la conception juridique de la personnalité* », PUAM, 2004.

Jacques DE WERRA, « *Marques notoires et de haute renommée / Well-Known and Famous Trademarks* », Schulthess Verlag, L.G.D.J., Zürich, 2011.

Jean-Marie CARBASSE, « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », Presses Universitaires de France, 2014.

Jean Philippe LEVY, « *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la reconnaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle* », Ann. univ. Lyon, 3ème série, fasc. n°5, Sirey, 1939.

Jean Michel BRUGUIÈRE et Bérengère GLEIZE, « *Droits de la personnalité* », Ellipses, 2015.

Jean-Pierre NERAUDAU, « *La Fama dans la Rome antique* », Médiévales n° 24, 1993.

Joseph-Nicolas GUYOT, « *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* », Hachette BNF, Paris, 2017.

Louis de HERICOURT, « *Les lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel et une analyse du droit canonique* », nlle. éd., M DCC LXXI, Paris, 1756

Myriam Juan et Nicolas Picard, « *Célébrité, gloire et renommée, Introduction à l'étude historique du fait d'’’ être connu de ceux que l'on ne connaît pas’’* », Éditions de la Sorbonne « Hypothèses », 2012/1 15, pages 87 à 96.

Nathalie HEINICH, « *De la visiblité. Excellence et singularité en régime médiatique* », édi. Gallimard, Paris, 2012.

Naz RAOUL, Dictionnaire de droit canonique, Libr. Letouzey et Ané, 1957.

Nicolas Raynaud DE LAGE, « *La notoriété* », Recueil Dalloz, 2000.

Philippe GAUDRAT, « *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples* », RTD Com. N° 3, 2011, p. 562-574.

Philippe LE TOURNEAU, « *Folles idées sur les idées* », CCE fév. 2001, chron. n°4, spéc.n°38.

Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », Litec, Paris, 1998.

Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme dans tous ses états* », Recueil Dalloz, n°42, 2 déc.1993, D. 1993.

Philippe LE TOURNEAU, « *Les contrats de franchisage* », 2ème éd. Litec, Paris, 2007.

Philippe SIMLER, « *Les biens* », PUG, 2ème éd., 2001.

R. DREYER, « Le star system hollywoodien, 1979 », L'Harmattan, 2004.

ROUBIER P., Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1963, spéc. n° 9.

Stephen R. BARNETT, Le droit dit « right of publicity », au Etats-Unis d’Amérique à la croisé des chemins, RIDA avr. 1994.

Théo HASSLER, « *Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image* », Légipresse, 2007, n°245.

V. A. BOUVEL, « *La protection des marques renommées* », J.-Cl. Marques - Dessins, modèles, Fasc. 7320, 2017, n°20.

Webographie:

https://www.cairn.info/

https://hal.archives-ouvertes.fr/

https://scholar.google.fr/?pli=1

https://www.persee.fr/

LE DROIT AU RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ DANS LA CONVENTION

EUROPÉENNEDE SAUVEGARDE
DES DROITS DE L'HOMME
Livio ORSI
Docteur en droit

RÉSUMÉ

L'article se concentre sur le développement et le traitement des droits de propriété inscrits dans l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé desa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international », et appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme. L'une des questions les plus complexes et les plus controversées concernant les droits de propriété concerne la possibilité d'inclure ce dernier parmi les droits de l'homme. Considérant le choix fait par toutes les chartes des droits modernes, la question semble désormais résolue. Le véritable problème est d'identifier les obligations précises qui existent de la part des États au regard de la loi en question. Malgré leur importance dans la garantie de certains intérêts personnels suprêmes, 70 ans après la signature de la CESDH, de nombreux doutes subsistent quant au rôle que la Convention européenne et le droit de propriété devraient avoir dans les États. Afin d'assurer l'efficacité réelle du système de la CESDH, il est nécessaire de renforcer et de rendre effective au niveau national l'application des droits proclamés dans la Convention.

Mots-clés : Droit au respect de la propriété; Droits de l'Homme; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme; Constitution, obligations de l'État; effets directs des droits fondamentaux; relations entre les sources du droit.

Prémisse : article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention

européenne desauvegarde des droits de l'homme (CESDH) et les règles qu'il contient.

La doctrine constate que le placement du "droit au respect de la propriété" dans le premier protocole additionnel à la Convention ESDH, signé à Paris le 20 mars 1952, et non directementdans le texte de l'accord international, est lié à la difficulté de s'entendre sur le choix des modalités concrètes de protection d'une situation juridique subjective relevant de la sphère socio-économique de l'individu et affectant les choix stratégiques des pays adhérents[1].

Les résistances et perplexités entre les États du « Vieux Continent » furent nombreuses et significatives ; finalement, cependant, la volonté des pays signataires permis de reconnaître la propriété comme protection primaire, l'incluant parmi les prérogatives dignes d'une protection et d'un contrôle supranational par rapport au travail des instances nationales (européennes).

L'article 1 du Protocole en question, après avoir établi que "toute personne physique ou moralea droit au respect de sa propriété", précise que "nul ne peut être privé de sa propriété que pour des raisons d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international " et que " les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit des États d'appliquer les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'utilisation des biens d'une manière conforme à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes"[2].

Il est utile de signaler immédiatement, éliminant tout doute de sens contraire, que l'idée des rédacteurs du texte en question n'était certainement pas de reconnaître un droit absolument insensible aux limitations ou interventions réglementaires des États signataires de la Convention[3]. Ce n'est que vers la fin des années 90 que la position de la Cour de Strasbourg a radicalement changé, probablement en raison d'un

[1] ZATTARA (A.), La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, Paris, LGDJ, 2010, p. 425-430.
[2] CEDH 16 janv. 2018, *Cacciato c. Italie*, § 21 ; *Sporrong & Lönnroth c. Suède,* §. 61; *James e a. c. Royaume-Uni*, § 37.
[3] Conseil de l'Europe, Impact de la Convention européenne des droits de l'homme dans les États parties, ÉditeurConseil de l'Europe 2016, 112 p.

changement de vision de l'importance de la propriété pour les citoyens européens (après la crise économique survenue à cette époque), et en raison du besoin de mettre un terme à la discrétion excessive des États signataires de la CESDH auquel il a été rappelé à plusieurs reprises la nécessité - dans l'édiction de mesures privatives de jouissance des biens - d'adopter des normes conformes aux Constitutions[4] et de surcroît, « suffisamment accessibles, précises et prévisibles », et capables de produire des « résultats non arbitraires »[5].

Il n'est ni possible, ni fructueux, de retracer la large jurisprudence qui, au cours des trente dernières années, a conduit à une formulation précise de la portée des droits de propriété dans le système de la CEDH ; il suffira de rappeler que, selon les décisions les plus récentes, l'article1 du Protocole n° 1 exige, avant tout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect de la propriété ne soit effectuée qu'après avoir établi un juste équilibre entre les intérêts individuels et les objectifs d'importance collective[6].

I. LA FONCTION « SOCIALE » DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME.

Il semble utile de souligner que nombre des thèses doctrinales ont vu dans l'inclusion des droits de propriété parmi les situations méritant une protection maximale la possibilité d'une moindre prise en compte d'autres intérêts jugés particulièrement importants[7] (tels que les intérêts environnementaux[8], culturels[9] et sociaux[10]). La Cour de Strasbourg a, à

[4] CEDH 21 avr. 1998, *The Former King of Greece c. Grèce*, § 82; 12 déc. 2002, *Wittek* c. Allemagne, § 49; 20févr. 2003, *Forrer–, Jahn c. Allemagne*, § 86.

[5] CEDH du 24 févr. 1994, *Bendenoun v. France*; 24 mars 2005, *Frizen* c. *Russie*; 9 juin 2005, *Baklanov c. Russie*
§ 32.

[6] DRUFFIN-BRICCA (S.), HENRY (L.-C.) Droit des biens, 12ème édition: Propriété individuelle - Propriétécollective - Propriété démembrée, Paris, Broché, 2022, 252 p.

[7] Yves MENY, Les conflits d'intérêts, Pouvoirs 2013/4 (n° 147), Éditeur : Le Seuil, De la confusion des intérêtsau conflit d'intérêts, pp. 5 à 15.

[8] Pour un droit climatique justement acclimaté ou la hantise de nommer vrai, Éric Naim-Gesbert, Dans Revuejuridique de l'environnement 2021/3 (Volume 46), p. 448.

[9] Gde Ch. CEDH 19 févr. 2009, *Kozacioğlu v. Turkey § 59*.

[10] Gde Ch. CEDH 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne,* et du 21 nov. 1995, *Velosa Barreto c. Portugal*.

plusieurs reprises, jugé bon de faire prévaloir cette dernière même si non expressément établie par le texte de la Convention, au regard du droit de jouir de son bien ou pour exercer une activité industrielle[11].On rejoint donc ceux qui ont observé que l'approche interprétative du juge européen ne se caractérise qu'en apparence par une approche de type XIX^{ème} siècle, qui trouverait, entre autres, son expression évidente dans le choix même d'élaborer une notion particulièrement large de la notion de bien, pour englober une vaste liste de situations juridiques subjectives à caractère patrimonial. En effet cette approche considérée comme individualiste laisse place à des considérations de solidarité, alors que la nécessité « d'apprécier la proportionnalité de l'ingérence dans le droit garanti entre en jeu en cas de conflit entre le droit en cause et un autredroit garanti par la CESDH »[12]. Une confirmation évidente se trouve dans l'arrêt du 24 avril 2017, Vaskrsic c. Slovénie, concernant la vente forcée du domicile du débiteur défaillant (pour un montant très modique) à trois créanciers différents (dont un seul, d'ailleurs, de nature non privée, étant une entreprise publique d'approvisionnement l'eau). Le dispositif de la décision est intéressant au vu de la solution à laquelle il aboutit, visant à garantir la position d'un sujet faible,bien qu'il semble critiqué pour le choix d'appliquer judiciairement une « clause sociale »[13]. S'agissant des "droits qui ont un coût", (c'est-à-dire ceux de nature économique et sociale dontla réalisation implique des frais pour l'État), on note qu'à plusieurs reprises, ils ont « reçu plus d'attention de la part de la Cour EDH que celle qui leur a été adressée au niveau interne »[14]. Dans le domaine des retraites on pourrait citer le « bras de fer » entre juges nationaux italiens et européens à propos des dites « Pensions suisses » sur lesquelles la Cour constitutionnelle et la Cour de Strasbourg sont restées fidèles à l'approche initiale, selon laquelle, d'une part, les évaluations financières et la nécessité de contenir les dépenses publiques ne sauraient être considérées comme des raisons d'intérêt

[11] CEDH *Gaćeša c. Croatie*, 21 sept. 2006 § 25.

[12] Jean-Pierre MARGUENAUD, Damien ROETS, Droits de l'Homme. Jurisprudence de la CEDH , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2015/1 (n°1), p.174.

[13] GILBERT (S.), Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière, Paris, Broché, 2011, 948 p.

[14] Évaluation des politiques publiques : les leçons de l'expérience Patrice Duran L'évaluation des politiques publiques, entre nécessités gestionnaires et exigences démocratiques, Revue française d'administration publique 2021/1 (n°177), Éditeur : Institut national du service public, 270 p.

général susceptibles de justifier une atteinte disproportionnée à la jouissance de marchandises[15]. D'autre part, les États signataires de la CESDH doivent s'engager à garantir le droit de propriété, non seulement comme s'il s'agissait d'une liberté qui correspond à une interdiction d'ingérence, mais aussi comme une liberté qui implique l'adoption d'un comportement positif, « notamment lorsqu'il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant peut légitimement attendre des autorités et la jouissance effective de ses biens »[16]. Il n'est donc pas surprenant que dans certains arrêts, comme celui du 24 avril 2012, Yordanova c. Bulgarie, la Cour de Strasbourg ait même évoqué, ne serait-ce « que dans un sens descriptif [...], une obligation de l'État - définie 'de résultat' - pour garantir un toit aux personnes vulnérables »[17.]

II. VERS LA RECONNAISSANCE D'EFFETS HORIZONTAUX INDIRECTS AUX REGLES CONTENUES DANS L'ARTICLE 1er DU PREMIER PROTOCOLE DE LA CEDH ?

Soixante-dix ans après la signature de la CESDH, le problème de l'effectivité des règles qu'elle contient reste toujours entier, et donc aussi celui du droit de propriété. Selon certains auteurs, ces dernières devraient se voir accorder un Drittwirkung[18], au moins de type vertical (c'est-à- dire dans les relations avec l'État, dans toutes ses articulations), pour d'autres, également sur la base de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, les situations sanctionnées dans le Premier Protocole de la CESDH jouiraient d'une plus large protection, pouvant être protégés même dans les relations entre particuliers[19]. Comme cela a été noté, bien que l'art. 1 du Protocole I de la CESDH, n'ait pas de véritable effet direct horizontal « la Cour vérifie si

[15] V. dans ce sens, la décision CEDH du 20 févr. 2003, *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, et du 20 nov. 1995, *Navaria S.A. c. Belgique*, § 43.

[16] CEDH 13 sept. 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* ; 9 déc. 1994, *López Ostra c. Espagne* ; 25 juil. 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine § 45.* ; et 22 juin 2004 46. , *Broniowski c. Pologne § 65*.

[17] SCHILLER (S.), Droit des biens, 8éme édition, Paris, Dalloz, 2017, 350 p

[18] Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2011/3 (N° 32), pp. 19-28.

[19] Ulrike JUREIT, L'espace supranational de l'Union européenne : politiques sociales et migratoires aux prises avec la territorialité post-souveraine, Critique internationale 2018/4 (n°81), pp. 129-148.

les mesures adoptées par les États n'ont pas pour résultat de priver arbitrairement une personne d'un bien au profit d'une autre »[20]. Par conséquent tout État signataire de la Convention pourrait théoriquement être appelé à répondre à la fois des préjudices produites par l'une des articulations qui la composent (sans surprise, certaines dispositions visant à permettre des formes d'indemnisation ont récemment été introduites par l'État envers les sujets publics qui ont concrètement transgressé les devoirs découlant de la participation au système de la CESDH), et "pour la violation de l'obligation positive de garantir la propriété même contre les ingérences individuelles", comme l'a précisé la Cour de Strasbourg avec la décision du 25 juillet 2002, Sovtransavto Holding c. Ukraine[21].Tout en ayant souligné, d'une part : « qu'il n'est pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale sur mesure dans laquelleles garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre personnes privées"[22], et, d'autre part qu'un pays signataire de la CESDH ne peut être appelé à répondre des dommages subis par un citoyen, dans le cas où "les motifs du grief ne résultent pas de l'exercice de l'autorité de l'État, mais concernent exclusivement les relations de nature contractuelle entre particuliers». La Cour EDH a souligné à plusieurs reprises qu'un État va, par exemple être considéré (indirectement) "responsable d'ingérences dans l'exercice du droit au respect des biens, résultant d'opérations conclues entre particuliers"[23]. De ce point de vue, on constate dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 2012, Ghidotti c. Italie, que la Cour a reconnu le droit à réparation du préjudice moral, pour violation de l'art. 1 du Protocole n° 1 CESDH, en faveur d'une citoyenne qui n'avait pas été suffisamment protégée par la force publique dans sa demande légitime de libération du bien par le locataire en raison de l'expiration du bail. Bien que l'intéressé ne puisse (théoriquement) obtenir une protection par l'application directe de la disposition européenne contre le citoyen privé, cette dernière était en tout cas considérée comme titulaire du droit d'être protégée dans sa prérogative fondamentale par l'intervention de l'autorité étatique. Le juge européen, en constatant la violation du droit fondamental du requérant, a également pris en compte le préjudice moral, pour lequel il

[20] DRUFFIN-BRICCA (S.), HENRY (L.-C.) Droit des biens, 12ème édition: Propriété individuelle - Propriétécollective - Propriété démembrée, Paris, Broché, 2022, p 145.
[21] CEDH 25 juil. 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine § 53.*
[22] CEDH 28 juin 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse,* § 46.
[23] CEDH 25 avr. 2016, *Gustafsson c. Suède § 43*.

était juste de prévoir la liquidation par l'État d'une somme suffisante à réparer le préjudice. Similaire est la position adoptée par la Cour de Strasbourg avec l'arrêt du 13 décembre 2018, dans l'affaire en question[24], l'État Italien a fait l'objet d'une condamnation, assortie d'une obligation d'indemniser la partie lésée, pour ne pas avoir procédé à l'expulsion d'un immeuble, précédemment utilisé comme clinique liée à un hôpital public, mais resté par la suite inutilisé et occupé illégalement par des personnes agissant dans un but lucratif, malgré la saisie préventive ordonnée par le juge qui avait considéré comme hypothétique le délit d'occupation illégale d'un immeuble, compte tenu du risque de détérioration du bien et de dommages importants pour la partie lésée.

III. L'IMPORTANCE D'UNE NOUVELLE APPROCHE APPLICATIVE DANS LES SITUATIONS DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE COMME DROIT FONDAMENTAL DE LA PERSONNE

La nécessité pour les États européens de garantir un degré élevé de protection de l'intérêt privé. À la lumière de ce qui a été mis en évidence jusqu'à présent, il est possible d'affirmer que l'inclusion du droit de propriété parmi les situations juridiques subjectives inviolables implique la nécessité pour les États européens de garantir un degré élevé de protection de l'intérêt privé, pour toute la phase de « fonctionnement » de cette dernière, de sa naissance à son extinction[25]. Plus précisément, il s'agit de protéger le droit à l'acquisition du même c'est pourquoi nous avons émis l'hypothèse d'une sorte de "droit de propriété", qui doit être protégé par les instruments ordinaires de précaution et de conservation, mis en évidence sous l'apparence d'un cas normal avec une formation progressive juridiquement pertinente, mais qui crée en tout état de cause une "obligation de moyens" pour les États européens, même dans les cas où elle a l'apparence d'une simple "attente sociale" sans base perceptive capable de permettre sa justice immédiate, mais aussi à sa conservation et sa jouissance (en utilisant les moyens de protection prévus par le législateur national, et subsidiairement par les sources européennes) et à choisir comment en disposer (détruire, abandonner, aliéner ou léguer les biens, toujours évidemment dans le respect des contraintes imposées par la réglementation en vigueur pour garantir les positions individuelles ou

[24] CEDH 13 déc. 2018, *Casa di cura Valle SARL c. Italie § 57.*

[25] Conformément à toute autre prérogative fondamentale de la personne

collectives adverses)[26]. Cela peut impliquer parfois une révision, mais jamais un bouleversement radical de l'ancienne manière de sauvegarder tous les intérêts (publics ou privés) qui pourraient se heurter au droit de propriété, imposant un délicat exercice d'équilibre. Il est de ce point de vue possible d'identifier au moins deux "lignes d'intervention" réglementaires qui peuvent également être suivies pour permettre une protection adéquate de la situation juridique subjective en question, telle que reconstruite à la lumière de la Convention EDSH. Tout d'abord, il faudrait admettre définitivement la possibilité d'indemniser le préjudice moral de la violation du droit prévu à l'art. 1 du premier protocole additionnel à la CESDH (même en l'absence d'une disposition explicite de la loi) : la propriété (publique et privée) est constitutionnellement garantie et cela devrait générer des conséquences non négligeables (plus significatives encore, peut-être, que la reconnaissance de celui-ci, parmi les droits fondamentaux, dans la Charte de Nice ou dans la Convention européenne de 1950). En effet, tout comme il est inconcevable que pour garantir le droit à la vie des personnes hémophiles, un "prélèvement forcé" de sang puisse être pratiqué aux personnes ayant les conditions physiques pour pouvoir être des donneurs, ou pour permettre la survie d'un patient atteint d'une maladie rénale grave. De la même manière, mutatis mutandis, il faudrait s'interroger sur l'opportunité de continuer à envisager un mécanisme prioritaire de satisfaction d'un intérêt collectif, bien que méritant la protection maximale, la privation du droit de propriété d'un seul individu effectuée, pendant longtemps dans certains pays européens, sans garanties procédurales spécifiques ou prévoyant une indemnité risible et parfois même effectuée avec un grand retard[27]. La même indemnité, même proportionnée à la valeur vénale du bien exproprié n'est pas toujours suffisante pour réparer intégralement le préjudice subi du fait de la procédure d'expropriation car la chose expropriée pourrait par exemple avoir une valeur morale très élevée pour l'intéressé[28]. Le pouvoir d'attribuer même une petite somme, bien que définie comme « juste », semblerait juridiquement injuste et inacceptable, notamment, dans le contexte socio- économique mondial

[26] CHAUVIRE (P.), REVET (T.), L'Acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens, Paris,Broché, 2013

[27] Isabelle FORESTIER, La fragilisation de la propriété privée immobilière. Thèse Droit. Université du Sud ToulonVar, 2009, 445 p.

[28] Jean-Marc SAUVE, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ?, Dans Les Cahiers Portalis 2018/1(N° 5), pp. 9-21.

actuel lié à la crise de pandémie de COVID-19. Il est possible d'affirmerque certains des textes législatifs autorisant l'expropriation semblent être rédigés dans un sensfavorable aux autorités. En effet, la formulation de ces textes apparaît assez rigoureuse et ne semble pas prendre en compte l'ensemble des situations. Dès lors, les formulations négatives employées ont pour effet de restreindre le champ d'application de l'indemnisation[29]. Ainsi, lestermes « cas exceptionnels », « charge spéciale et exorbitante » diminuent considérablement les possibilités d'indemnisation du propriétaire. Pourtant, cet encadrement des règles apparaît nécessairement sévère et semble remettre en cause le caractère inviolable de la propriété. D'autre part, on est conscient du fait que l'instrument d'expropriation, associé à une juste indemnisation, ne semble pas toujours le plus approprié pour garantir les intérêts individuels quand on considère que des dépenses trop élevées pour l'expropriation des terrains à bâtir pourraient mettre en péril la protection effective des droits fondamentaux prévue par la Constitution, a fortiori dans un moment historique, comme celui-ci, où l'on discute, le cas échéant, de la nécessité de promouvoir une série de politiques visant à disposer des biens publicsinutilisés ou qui ne sont plus adaptés à des fins institutionnelles[30].

IV. LA NÉCESSITÉ DE GARANTIR UNE APPLICATION "IN CONCRETO" DU DROIT À LAPROPRIETE DANS LES ETATS

Favoriser la poursuite d'objectifs d'utilité publique en agissant non pas sur le droit de propriétédes particuliers mais sur un ensemble plus large de sujets, et en particulier des plus aisés. La solution à adopter pour protéger les intérêts des collectivités qui n'affectent qu'indirectement la propriété privée devrait se traduire par l'utilisation préférentielle d'autres formes de mise en œuvre des devoirs de solidarité qui doivent cependant être interprétées en tenant compte également de l'important "travail social" réalisé, directement ou indirectement, par ceux qui possèdent de grandes propriétés ou, s'ils sont entrepreneurs, des moyens de production considérables et des parts de marché élevées. Il semble nécessaire de se diriger vers des interventions réglementaires complètement différentes, de nature rémunératrice ou en tout cas moins conflictuelles,

[29] Réflexions autour de l'évolution récente des controverses quant à la nature du droit de propriété, AlexandreFERRACCI Dans Les Cahiers Portalis 2018/1 (N° 5), pp. 63-71.
[30] Fanny TARLET, De la propriété publique aux biens publics, Dans Les Cahiers Portalis 2018/1 (n°5), pp. 45-61.

plus démocratiques et non discriminatoires ou injustes. Il convient donc de répondre à l'impérieuse nécessité de favoriser la poursuite d'objectifs d'utilité publique en agissant non pas sur le droit de propriété des particuliers mais sur les substances économiques d'un ensemble plus large de sujets, et en particulier des plus aisés (avec l'avantage de pouvoir prendre, en la matière, des choix sur lesquels il serait difficile d'enregistrer des recours de diverses natures par les autorités supranationales). En d'autres termes, il s'agirait de privilégier,par exemple, des mesures fiscales[31] à mettre en œuvre affectant manifestement les groupes lesplus aisés sans faire peser les liens de solidarité inscrits dans de nombreuses Constitutions en Europe et non sans rapport avec le droit supranational sur un ou quelques citoyens - certes aisés

- mais toujours dans le plein respect des principes incontournables d'égalité et de proportionnalité. Une telle approche politique, en plus de garantir un meilleur équilibre entre la protection des intérêts privés et la garantie des besoins sociaux, semblerait parfaitement conforme aux volontés supranationales, dont les systèmes internes ne peuvent et ne doivent pas déroger (sauf dans la mesure où cela est autorisé par les normes européennes elles-mêmes)[32]. Rien n'empêche les États de se retirer des organisations internationales dont ils font partie (de l'Union européenne, par exemple, en faisant usage de la disposition ad hoc introduite par le traité de Lisbonne[33]), s'ils estiment ne pas vouloir remplir les obligations découlant de l'appartenance à des systèmes juridiques fondés par eux-mêmes (et / ou modélisés au cours de diverses décennies d'histoire[34]). Rester au sein de l'Europe implique inévitablement des chargesà supporter sur un pied d'égalité avec tous les autres pays membres, afin de viser le bien-être et la croissance commune, non seulement d'un point de vue économique, mais aussi d'un point devue politique et social; ce n'est pas la même chose d'imaginer qu'il y a une obligation pour les différentes composantes nationales (législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux), d'assumer une attitude d'acceptation des contraintes imposées par les

[31] Par rapport auxquelles la souveraineté des pays européens, tant vis-à-vis de l'Union que de la CEDH, resteparticulièrement étendue.

[32] Jean-Pascal CHAZAL, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, RTD civ., 2014, p. 763 et s.

[33] Cf. l'article 50 du TFUE.

[34] GONNARD (R.), La propriété dans la doctrine et dans l'histoire, Paris, Coll. d'études économiques, 1943, p.173.

instances européennes, mais vice versa pour émettre l'hypothèse de la nécessité d'encourager des formes de plus en plus intenses de "participation active et consciente" aux décisions prises au niveau supranational par rapport auxquelles s'appliquera alors le principe "pacta sunt servanda". Ce n'est qu'en maximisant à la fois les processus évolutifs du système juridique (y compris constitutionnels), et l'idée d'une indéniable « relativité des valeurs », dont le Conseil lui-même a parlé à plusieurs reprises, que nous pourrons vraiment continuer à garantir sans causer des frictions des droits et libertés la souveraineté de l'État qui comme on l'a observé, peut être pleinement réalisée grâce à l'ouverture internationale et supranationale de l'ordre interne[35]. Ceci afin de créer un équilibre entre ce qui est nécessaire à l'application effective et uniforme du droit européen dans les Étatset ce qui est nécessaire au respect de l'histoire, de la culture et des traditions des peuples de cesdifférents États. Si jusqu'à présent les grandes étapes du parcours européen, notamment en ce qui concerne les rapports épineux entre droit de l'Union et droit national, ont pour la plupart été marquées, "de condamnations" par les autorités judiciaires (internes et supranationales), l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, a exigé, notamment des Cour constitutionnelles, gardiennes des Constitutions, un "dialogue plus fréquent et constructif non seulement avec les parlements,mais aussi avec les juridictions internationales".

V. LA PROTECTION À PLUSIEURS NIVEAUX DES DROITS DE L'HOMME EN TANT QU'INDISPENSABLE "CONQUÊTE DE LA CIVILISATION"

Il existe un danger sous-jacent à un tel système de protection "multiniveaux" des droits de l'homme, à savoir celui de la création d'une sorte de "concurrence entre modèles" ou pire encored'un « forum shopping »[36]. Ce danger, qui a déjà soulevé de nombreux doutes dans la doctrineen raison des implications (parfois négatives) produites dans le secteur économique ou social, il se prête à d'autres réserves critiques dans une matière aussi délicate, qui est celle des intérêtspremiers de la personne. En effet, la reconnaissance d'une légitimité absolue de la part de l'individu de la

[35] Ulrike JUREIT, L'espace supranational de l'Union européenne : politiques sociales et migratoires aux prisesavec la territorialité post-souveraine, Critique internationale 2018/4 (N° 81), pp. 129-148.

[36] Baptiste BONNET, Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable, Dans Titre VII 2019/1 (N° 2), pp. 11-21.

possibilité de choisir délibérément le système judiciaire, la règle, voire l'instancejudiciaire, qui protège mieux son droit fondamental pourrait avoir des conséquences paradoxales. La solution à de telles éventualités reste peut-être celle d'attribuer à un organe juridictionnel suprême et unique la tâche de fournir l'interprétation correcte et ultime à donneraux dispositions en question, tout en faisant usage des règles juridiques les plus larges et les plus évoluées. Si, d'autre part, comme on l'a observé dans la doctrine, pour préserver la Constitution française "de la 'contamination' extérieure, les portes devaient être considérées comme fermées à l'entrée de normes relatives aux droits, cette possibilité donnerait lieu à une mise en œuvre réductrice de la Constitution elle-même »[37], et sans pouvoir poursuivre le résultatsouhaité. Le risque (pour les États en l'occurrence) de se voir voler de plus en plus de portionsde leurs « acquis constitutionnels », ou de devoir « retoucher » d'anciens modèles et institutions juridiques appartenant à leurs propres traditions, est le risque inhérent à toute type d' « investissement » (supranational) visant à « de plus grandes conquêtes » (qui peut être la création d'un ordre qui assure la paix et la justice entre les nations[38]). Une telle crainte ne doit évidemment pas constituer un frein, mais plutôt une incitation à poursuivre l'objectif de promouvoir un véritable universalisme dans la protection des droits, surtout des droits fondamentaux de l'homme, en essayant d'affirmer sur la scène supranationale le mérite de leurs propres principes et idéaux constitutionnels (surtout s'ils sont effectivement considérés commeles plus protecteurs), même lorsque la valeur suprême de la démocratie peut exiger que chaquepays renonce ipso facto à sauvegarder ceux de tous les autres. Malgré leur nombre important, les limitations du droit de propriété sont rarement étudiées dans leur ensemble, puisque les études qui les ont abordées l'ont souvent fait soit sous un angle historique[39], soit en recherchantles limites du droit de propriété uniquement vis-à-vis des textes nationaux, tels l'article 552 duCode civil[40], soit encore, les investigations ont

[37] Xavier MARCHAND-TONEL, La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne, Dans Droit etsociété 2012/1 (n° 80), p. 12.

[38] SAINT-DIDIER (C.), La preuve de la propriété immobilière, Paris Broché, Livre grand format, 2017, 388 p.

[39] HAYEM H., Essai sur le droit de propriété et ses limites, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droit et deJurisprudence, 1910, 560 p.

[40] BROUILLAUD (P.), Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur, th. Bordeaux, 1926, 456 p.

été limitées aux privations, au droit de disposer,au droit de l'urbanisme ou au droit fiscal. Les rapports entre les sources devraient in fine rassurer ceux qui craignent que l'inclusion de la propriété privée parmi les droits de l'homme ne mette en péril les devoirs intangibles de solidarité inhérents aux Constitutions nationales, aussi parce que - comme nous avons déjà tenté de le démontrer - la situation subjective du droitjuridique en question, même s'il est défini comme inviolable, est configuré dans les sources européennes de manière à être absolument et inévitablement susceptible de limitations (souvent très importantes), s'il est en conflit avec d'autres intérêts suprêmes, pas seulement publics ou collectif, mais aussi purement privés. Les intérêts en question, contenus dans toutes les Chartes (constitutionnelles et internationales) citées, ne peuvent évidemment impliquer une atteinte arbitraire, injustifiée ou disproportionnée à un droit désormais universellement considéré comme primordial[41]

[41] SCHILLER (S.), Droit des biens, 8ème édition, Paris, Dalloz, 2017, 350 p.

Bibliographie

Livres, rapports et thèses

BROUILLAUD P., Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur, thèse,Université de Bordeaux, 1926, 456 p.

CACHELOT François, BOULANGER Anne, L'égalité dans la procédure d'expropriation.Publication de la Cour de cassation [en ligne]. 2005, 156 p.

CHAUVIRE (P.), REVET (T.), L'Acquisition dérivée de la propriété : le transfert desbiens, Paris, Broché, 2013, 246 p.

DRUFFIN-BRICCA (S.), HENRY (L.-C.) Droit des biens, 12ème édition: Propriétéindividuelle - Propriété collective - Propriété démembrée, Paris, Broché, 2022, 252 p.

FORESTIER Isabelle, La fragilisation de la propriété privée immobilière, Thèse, Université duSud Toulon Var, 2009, 445 p.

GILBERT (S.), Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière, Paris, Broché,2011, 948 p.

GONNARD (R.), La propriété dans la doctrine et dans l'histoire, Paris, Collection d'étudeséconomiques, 1943, 113 p.

HAYEM H., Essai sur le droit de propriété et ses limites, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droitet de Jurisprudence, 1910, 560 p.

SAINT-DIDIER (C.), La preuve de la propriété immobilière, Paris, Broché, Livre grand format,2017, 388 p.

SCHILLER (S.), Droit des biens, 8ème édition, Paris, Dalloz, 2017, 350 p

TRUCHET (D.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État. Retour aux sourceset équilibre : In Rapport public du conseil d'État, 449 p.

ZATTARA (A.), La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, Paris, LGDJ éditions, 2010, 720 p.

Évaluation des politiques publiques : les leçons de l'expérience Patrice Duran, L'évaluation des politiques publiques, entre nécessités gestionnaires et exigences démocratiques, Revue française d'administration publique 2021/1 (n°177), Éditeur : Institut national du service public, 270 p.

Revues

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2011/3 (N° 32), pp. 19-28.

Baptiste BONNET, Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable, dans Titre VII 2019/1 (n°2), De l'intégration des ordresjuridiques ; droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, pp. 11-21.

Alexandre FERRACCI, Réflexions autour de l'évolution récente des controverses quant à la nature du droit de propriété, dans Les Cahiers Portalis, 2018/1 (n°5), pp. 63-71.

Gwendoline LARDEUX, Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire, RTDCiv. 2013, 741, spéc. n°2 et n°11-12, pp. 56-60

Gwendoline LARDEUX, La notion de propriété ou le rejet du conceptualisme juridique », Dans Les Cahiers Portalis 2018/1 (N° 5), pp. 33-46.

Xavier MARCHAND-TONEL, La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne, Dans Droit et société 2012/1 (n°80), pp. 5-12.

Jean-Pierre MARGUENAUD, Damien ROETS, Droits de l'Homme. Jurisprudence de la CESDH, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2015/1 (N° 1), pp.174-180.

Yves MENY, Les conflits d'intérêts, Pouvoirs 2013/4 (n° 147), Éditeur : Le Seuil, De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts, pp. 5-15.

Éric NAIM-GESBERT, Pour un droit climatique justement acclimaté ou la hantise de nommer vrai, Revue juridique de l'environnement 2021/3 (Volume 46), pp. 445-448

Jean-Marc SAUVE, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? , Les Cahiers Portalis 2018/1 (N° 5), pp. 9-21

Fanny TARLET, De la propriété publique aux biens publics , Dans Les Cahiers Portalis 2018/1(N° 5), pp. 45 à 61.

Françoise TULKENS, Luc DONNAY, L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? , Revue de Sciences et de droit

Comparé, 2006, pp.3-23.

Angelo VIGLIANISI FERRARO, The right to property in the European Convention on Human Rights and the need for a better protection of the same at national level , Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2020, 15 p.

Ulrike JUREIT, L'espace supranational de l'Union européenne : politiques sociales et migratoires aux prises avec la territorialité post-souveraine , Critique internationale 2018/4 (n°81), pp. 129-148.

Le nom de domaine au Maroc

EL HAFI Mustapha
Professeur à la Faculté des Sciences
Juridiques Économiques et Sociales d'Oujda

Résumé :

Le nom de domaine est une adresse électronique composée de lettres et de chiffres qui correspondent aux adresses numériques du protocole Internet (« adresses IP ») des ordinateurs sur Internet. Tout ordinateur a une adresse IP unique et le système de nom de domaine (« DNS ») permet d'utiliser des noms de domaine à la place de l'IP adresses pour accéder aux sites Web correspondants. Le nom de domaine peut être composé de l'alphabet romain en majuscules et minuscules, les chiffres de 0 à 9, le point et le trait d'union. Ils fonctionnent effectivement comme un type de mnémonique, et sont toujours plus facile à retenir que les adresses IP - par exemple, au lieu de taper 212.217.117.0/24, il est possible grâce à le DNS taper www.iam.ma et accéder au site de Maroc Telecom. L'organisme chargé de la gestion du nom de domaine .ma au Maroc c'est l'Agence Nationale de la réglementation des télécommunications qui tente de faire une place face .com et .org, pour ce faire l'ANRT a décidé de confier la commercialisation de l'extension .ma à des prestataires privés, il s'agit des entreprises retenus sur appel d'offre, elles sont actuellement au nombre de 19 entreprises. Ainsi, pour enregistrer un nom de domaine .ma, le demandeur s'adresse à un prestataire .ma, qui est une entreprise déclaré auprès de l'ANRT pour la commercialisation du nom de domaine .ma, ensuite le prestataire soumet cette demande au gestionnaire technique qui se charge de l'enregistrement du nom de domaine dans la base de données .ma. **Mots-clés:** ANRT, Nom de domaine, OMPI, Droit, internet, régulation, entreprise, radical, suffixe, Whois.

Introduction

La création d'un site web ne relève pas uniquement de la conception et de la réalisation de pages html. Encore faut-il lui donner un nom qui désignera son adresse et permettra ainsi aux utilisateurs de l'identifier sur le réseau internet afin de pouvoir y accéder. C'est ce que l'on appelle le nom de domaine[1].

Le nom de domaine est indéniablement un signe distinctif de l'entreprise et son importance comme outil de communication dans le développement du e-commerce est une évidence. Il permet d'identifier une entreprise en ligne. Il a également une fonction d'attraction de la clientèle.

La règle technique d'attribution d'un nom de domaine est très simple: «premier arrivé, premier servi». Pour l'enregistrer, il suffit donc que celui-ci n'ait pas été déjà enregistré auprès des offices d'enregistrement privés.

Les noms de domaine peuvent désigner un site de commerce en ligne ou une simple vitrine électronique. Dans le premier cas, l'entreprise peut exercer son activité uniquement en ligne (appelée pure player) et le nom de domaine désigne un véritable fonds de commerce électronique, largement dématérialisé (ex. Amazon) ; ici, le nom de domaine est le seul signe distinctif utilisé par le commerçant. Dans le second cas, le site est une extension sur le net d'un fonds physique où l'internaute peut voir les produits, et les acheter en ligne ou dans la boutique. Le nom de domaine est utilisé concurremment avec un nom commercial et/ou une enseigne physique. Ces différences n'engendrent aucune distinction de régime du nom de domaine[2].

Le système des noms de domaine a pour fonction d'aider à la navigation des utilisateurs sur le réseau Internet. Deux éléments lui permettent de remplir ce rôle : le nom de domaine proprement dit et l'adresse IP (Internet Protocole) correspondante. Le nom de domaine peut se définir donc comme la traduction alphanumérique du numéro d'un ordinateur connecté au réseau. Ce nom est plus commode à mémoriser et à utiliser que le compte IP, la forme numérique de cette adresse. À titre d'exemple, le nom de domaine de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

[1]- Féral-Schuhl. Ch., le droit à l'épreuve de l'internet, 8 édition, Praxis Dalloz, 2020, p.969
[2] - Dupuis. M, droit commercial, spécial droit, ellipses, 2018, p. 305

(OMPI) est www.wipo.int, tandis que son adresse IP, adresse numérique d'un ordinateur particulier, sera, par exemple, 195.92 249,55[3].

Le nom de domaine est une adresse électronique permettant de localiser un site Web. Il se compose d'un radical et d'un suffixe. Ainsi « maroc.ma ». Le radical correspond généralement au nom d'une marque, d'une entreprise, d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique. Le suffixe peut être géographique (« .ma.fr »), générique (« .org.com ») ou personnalisé (« .paris », « .ellipses »).

L'origine des noms de domaine est avant tout technique. En effet, le réseau Internet relie différentes ressources, tant matérielles (serveurs) qu'intellectuelles (documents). Or, chacune de ces ressources est identifiée de manière unique, au moyen d'une adresse dite IP (Internet Protocol), composée d'une suite de chiffres séparée par des points (par exemple, 193.108.167.124, qui correspond au site web de Dalloz). Mais ces adresses sont difficilement mémorisables et utilisables par les internautes, si bien qu'elles sont traduites en langage logique (par exemple, <http://www.dalloz.fr>) par des serveurs composant le DNS (Domain Name system), qui assurent la correspondance entre ces noms de domaine et les adresses numériques[4].

Le droit des autres signes distinctifs plonge ses racines dans l'Ancien Droit, ainsi, si le web a un peu plus de 40 ans, le premier nom de domaine est apparu quinze ans plus tard, en janvier 1985. Ce premier nom de domaine est « nordu.net », demandé par un réseau universitaire et de recherche nordique[5]. Il est encore à ce jour à un stade embryonnaire, ce qui ne l'empêche pas d'être foisonnant. Il est embryonnaire, car sa nature juridique n'est pas vraiment fixée. Certes, dire de lui qu'il est un signe distinctif donne un premier élément de réponse, mais n'épuise pas la question[6].

[3]- Jacques Azéma. J, Galloux. J-CH, Droit de la propriété industrielle, 8 éditions, Dalloz, 2017, p.1161

[4]- Grynbaum. L, Le Goffic. C, Morlet-Haidara. L, droit des activités numériques, 1re édition, Dalloz, 2014, p.632

[5]- article disponible sur: https://www.cigref.fr/archives/histoire-cigref/blog/1983-du-nom-de-domaine-au-dns/ (Consulté le 26/05/2022)

[6]- Lefranc. D, droit des applications connectées, édition Larcier, 2017, p. 202

À ce jour, il est certain qu'il ne constitue pas un droit de propriété intellectuelle. Sa réglementation ne se trouve pas dans la loi 17-97 sur la propriété industrielle. Les formalités qui l'entourent ne sont pas gérées par l'Office Marocain de la propriété industrielle et commerciale (OMPIC). Sa protection ne bénéficie pas du droit de la contrefaçon et, en particulier, de la procédure de saisie-contrefaçon.

Cependant, il convient de considérer le nom de domaine comme étant l'objet d'un droit de propriété incorporelle, de même que le nom commercial la dénomination sociale, la marque, l'enseigne ou la propriété littéraire ou artistique.

Le nom de domaine, il revêt une grande importance, parce qu'il est tout simplement lié à la question d'attractivité des clients de tous les coins du monde, et constitue aussi un outil très utile pour se faire connaître pour les entreprises, et de conquérir de nouveau marchés, c'est un mode qui gagne du terrain après la libération, la mondialisation économique et l'intensification des échanges internationaux des biens et services, et surtout durant la crise du Covid 19 et la fermeture des frontière, le nom de domaine est devenue l'interface entre le consommateur et les entreprises pour présenter ses activités, donner des informations, répondre à des demande, vendre ses produits et ses services. Il est un outil incontournable du commerce électronique. De même, le nom de domaine permet aux entreprises de rendre son site identifiable sur le site d'internet et de se distinguer de ses concurrents. Dès lors, au-delà de sa fonction technique, il est un actif immatériel de l'entreprise qu'il faut défendre.

Mais la question qui se pose est de savoir si l'arsenal juridique marocaine qui réglemente le nom de domaine est en mesure de répondre aux besoins de tous les opérateurs du commerce international, et contribuer à mettre en place une stratégie efficace, et des outils capable de protéger les droits dont disposent les titulaires de nom de domaine contre toutes usurpations par des concurrents ou des tiers. Les pouvoirs publics doivent être conscients des enjeux liés au droit numérique et à la question de sa promotion comme moyens de développement économique.

Le nom de domaine constitue la vitrine dématérialisée de l'entreprise grâce à laquelle elle assure la promotion de ses activités. Il lui offre un incroyable vecteur de communication grâce à son rayonnement. Pour arriver à dévoiler la réalité de ce nouveau signe distinctif au Maroc, on va en premier lieu aborder son attribution et sa réservation (Section 1). Et en

deuxième lieu on va étudier la résolution des litiges le concernant (Section II).

Section : Attribution du nom de domaine

Le nom de domaine est inévitable pour toute société souhaitant exercer son activité commerciale en ligne. Le nom de domaine est un signe distinctif. Il permet d'identifier une entreprise en ligne. Il a également une fonction d'attraction de la clientèle.

Le nom de domaine constitue désormais un élément de l'actif d'une entreprise et représente un intérêt commercial et financier. Plusieurs autorités et entreprises interviennent dans l'attribution du nom de domaine (I). Cette attribution s'effectue suivant des règles précises (II).

I-Organismes et entreprises compétentes

Un organisme intervient à l'échelle internationale (A). Au niveau national interviennent un organisme et plusieurs entreprises habilitées (B).

A. À l'échelle internationale

À l'origine, l'attribution des noms de domaine relevait de l'Internet Assigned Numbers Authority (IANA), un organisme ayant reçu mandat du gouvernement américain[7].

Depuis octobre 1998, l'IANA a été remplacé par **Internet corporation for assigned names and numbers**, c'est un organisme American de droit privé à but non lucratif, chargé d'assurer la coordination et la gestion de l'attribution des noms de domaine au niveau international, désigné ci-après par l'abréviation « ICANN »[8].

Jusqu'en octobre 1998, la société Network Solutions Inc. (NSI) avait le monopole de la gestion des noms domaines « .com », « .net » et « .org ». Depuis cette date l'attribution de ces noms de domaine est libéralisée. Toute société souhaitant les attribuer doit néanmoins être préalablement

[7] - Dimeglio Arnaud. D, Droit pour non juriste : Internet : 50 fiches pour créer et exploiter un site internet, édition Dunod, 2010, p.4

[8]- Bulletin officiel N° 6332-15 rabii 1436 (5-2-2015), décision Agence Nationale de réglementation des télécommunications (ANRT)/DG/n° 12-14 du 27 maharrem 1436 (21 novembre 2014) relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet « .Ma » p.884 disponible sur: https://www.anrt.ma/sites/default/files/2015-12-14-gestion-nom-domaine-ma-fr_0.pdf (Consulté le 27/05/2022 à 10h45)

agréée par l'ICANN. La liste de ces sociétés est disponible sur le site de l'ICANN[9].

La gestion des noms de domaine de pays est quant à elle généralement attribuée à des organismes publics. Au Maroc l'organisme habilité à accorder des noms de domaine en « .ma » est l'ANRT (Agence Nationale de réglementation des télécommunications).

B. À l'échelle nationale

Au niveau national, il convient de distinguer entre l'office d'enregistrement et les bureaux d'enregistrement. Comme on l'a déjà souligné L'ANRT est l'administrateur du domaine « .ma » auprès de l'ICANN. Elle représente les titulaires des adresses internet correspondant au territoire national auprès des instances internationales gouvernementales ou non gouvernementales en charge de la gestion internationale des noms de domaine internet[10].

Les noms de domaines ne sont pas directement attribués par l'ANRT. Cette mission est confiée à des exploitants qui agissent sous l'autorité de l'Office d'enregistrement. Cette règle est mentionnée par l'article 8 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 qui dispose : « L'ANRT gère les noms de domaine « .ma ». Elle peut désigner un exploitant chargé notamment de la gestion technique du registre »[11].

C'est par conséquent auprès des exploitants -c'est-à-dire tout organisme chargé d'assurer, pour le compte de l'ANRT, la gestion technique des noms de domaine internet « .ma » que s'adresse toute personne souhaitant enregistrer un nom de domaine. Ces organismes, au niveau national, sont accrédités et contrôlés par l'ANRT.

---

[9] -Arnaud. D, op cit, p.4

[10] .Bulletin officiel N° 6332-15 rabii 1436 (5-2-2015), décision Agence Nationale de réglementation des télécommunications (ANRT)/DG/n° 12-14 du 27 maharrem 1436 (21 novembre 2014) relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet « .Ma » p.886 disponible sur: https://www.anrt.ma/sites/default/files/2015-12-14-gestion-nom-domaine-ma-fr_0.pdf (Consulté le 10/06/2022 à 12h00)

[11] -Ibid.

II. Règles d'attribution

Le nom de domaine est accordé à celui qui en demande le premier l'enregistrement. Il s'agit de l'application de la règle « premier arrivé, premier servi » (A). Néanmoins, cette règle n'est pas absolue et peut être écartée par d'autres principes (B). Il convient aussi de déterminer si les noms de domaine peuvent être qualifiés de biens objet d'un droit de propriété incorporelle (C).

A- la procédure d'attribution du nom de domaine

Les demandes d'enregistrement des noms de domaine « ma » sont obligatoirement déposées à travers un prestataire. Elles doivent, en outre, respecter les conditions suivantes :

-le nom de domine demandé doit être libre, selon la base de donnée « whois », disponible sur le site web du registre

- le nom de domaine demandé ne doit être enregistré que sous l'une des extensions citées à l'article 5 ci-dessus, à savoir :

1-les lettres non accentuées de « a » à « z », les noms de domaines peuvent être enregistrés en lettre minuscules ou majuscules ;

2 les lettre accentuée suivantes : à, â, ç, è, é, ê, î, ô, ù, û ;

3-les chiffres : 0,1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 ;

4- le trait d'union, sauf en 3ème et 4ème position (exemple : ex--emple).

Le prestataire doit enregistrer les informations du demandeur du nom de domaine au niveau du registre et s'assurer que les informations fournies par le demandeur sont exactes.

Le nom de domaine s'attribue selon la règle « premier arrivé, premier servi ». Ainsi, un nom de domaine disponible sera attribué à la première personne physique ou morale qui en demandera l'enregistrement. La durée maximum de traitement d'une demande d'enregistrement d'un nom de domaine ne nécessitant pas l'examen préalable de l'ANRT ne doit pas excéder un jour. Dès que cette demande est satisfaite, le nom de domaine est activé sur le registre et le prestataire en est notifié.

Dans le cas, où il y'a un examen préalable de l'ANRT des demandes d'enregistrement de noms de domaine est nécessaire, notamment dans les cas suivants :

-le nom de domaine est demandé prête à confusion, met en cause ou est identique à un terme figurant sur la liste des termes réservés ;

-le nom de domaine est demandé sous les extensions descriptives « .gov.ma », « .ac.ma » et « .press.ma ».

L'ANRT étudie les éléments prouvant le droit du demandeur sur le nom de domaine soumis à examen préalable, et communique sa décision au prestataire dans un délai de cinq jours à compter de la date de réception de ces éléments sauf dans le cas où l'ANRT aurait besoin d'un avis externe.

Par ailleurs, tout demandeur doit prendre connaissance de la liste des termes réservés avant de procéder aux formalités d'enregistrement d'un nom de domaine « ma ». la liste des termes réservés et disponible sur le site web du registre et est régulièrement mise à jour par l'ANRT (art 6-2)[12].

Le nom de domaine peut être renouvelé à tout moment pour une période annuelle allant de un à cinq ans (art 29)[13]. La conservation du nom de domaine suppose le paiement annuel d'une redevance au bureau d'enregistrement, il s'effectue sur la base des déclarations faites par le demandeur et sous sa responsabilité. La fourniture de données inexactes par le titulaire peut emporter la suppression de l'enregistrement du nom de domaine correspondant. Toutefois, celle-ci ne peut intervenir qu'après que l'office d'enregistrement ait mis le titulaire en mesure de régulariser la situation[14]. À défaut de renouvellement, le nom de domaine tomberait dans le domaine public et serait à nouveau disponible, ainsi que le nom domaine peut être écarté au cas où il est contraire à l'ordre public.

---

[12]- Bulletin officiel N° 6332-15 rabii 1436 (5-2-2015), décision Agence Nationale de réglementation des télécommunications (ANRT)/DG/n° 12-14 du 27 maharrem 1436 (21 novembre 2014) relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet « .Ma » p.885 disponible sur: https://www.anrt.ma/sites/default/files/2015-12-14-gestion-nom-domaine-ma-fr_0.pdf (Consulté le 14/06/2022 à 20h00)

[13]-Bulletin officiel N° 6332-15 rabii 1436 (5-2-2015), décision Agence Nationale de réglementation des télécommunications (ANRT)/DG/n° 12-14 du 27 maharrem 1436 (21 novembre 2014) relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet « .Ma » p.885 disponible sur: https://www.anrt.ma/sites/default/files/2015-12-14-gestion-nom-domaine-ma-fr_0.pdf (Consulté le 15/06/2022 à 10h30)

[14]-Binctin. N, droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles, 6ème édition, LGDJ, 2020, p.567

B- Restriction à l'attribution d'un nom de domaine

La possibilité d'obtenir le nom de domaine est limité par les dispositions de l'article 6-1 de la décision de l'Agence Nationale de réglementation des télécommunications (ANRT)/DG/n° 12-14 « les noms de domaine ne doivent pas porter atteinte à la sûreté nationale ou à l'ordre public ou être contraire à la morale et aux bonne mœurs, de même qu'ils ne doivent pas porter l'atteinte à la religion, la langue, la culture, les opinions politiques ni utiliser des termes à connotation raciste. »

De même, le nom du Royaume du Maroc, de ses institutions nationales et des services publics nationaux, seul ou associé à des mots faisant référence à ces institutions ou services, ne peut être enregistré comme nom de domaine que par ces institutions ou services.

En France l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques définit les motifs de refus d'enregistrement ou de suppression des noms de domaine lorsque le nom de domaine est :

1° Susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou à des droits garantis par la Constitution ou par la loi ;

2° Susceptible de porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ;

3° Identique ou apparenté à celui de la République française, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ou d'une institution ou service public national ou local, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi[15].

La Cour de cassation Française a consacré ces principes d'une façon catégorique : « les règles gouvernant l'attribution des noms de domaine sur internet, qui respectent tant les principes de liberté de communication et de liberté d'entreprendre que les droits de propriété intellectuelle, n'ont ni pour objet ni pour effet de restreindre le droit du titulaire de marque d'interdire l'usage sans son consentement, dans la vie des affaires, d'un signe identique ou similaire à la marque, pour des produits ou services

[15] -Article 45 du code des postes et des communications électroniques français disponible sur le site internet https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042623549/ (Consulté le 17/06/2022 à 11h30)

identiques ou similaires à ceux pour lesquels elle est enregistrée, si cet usage porte atteinte à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services, en raison d'un risque de confusion dans l'esprit du public, sauf les effets de l'intérêt légitime et de la bonne foi quant au renouvellement de l'enregistrement de noms de domaine sur internet »[16].

Le refus d'enregistrement ou de renouvellement comme la suppression du nom de domaine ne peuvent intervenir, pour l'un de ces motifs, qu'après que l'office d'enregistrement a mis le demandeur en mesure de présenter ses observations et, le cas échéant, de régulariser sa situation.

Il est indispensable aussi pour toute personne désirant procéder à l'enregistrement d'un nom de domaine, d'en vérifier la disponibilité. Cela permet de s'assurer que le nom de domaine choisi n'est pas déjà attribué à un tiers. Le traitement des demandes d'enregistrement est assuré par ordre chronologique de réception des demandes. La vérification doit porter sur les noms de domaine existant parce qu'un litige peut naitre entre deux noms de domaines qui ne se distinguent que par leurs suffixes[17]. Pour ce faire il faut consulter la base de données Whois[18].

La multiplicité des acteurs intervenant dans le système des noms de domaine conduira à s'interroger sur la question de la nature juridique du nom de domaine.

C-Nature juridique du nom de domaine

La question de la nature juridique des noms de domaine est très compliquée. Comment qualifier ce nouveau type de signe ?

[16]- Arrêt rapporté par Philippe Le Tourneau dans son ouvrage contrat numérique informatiques et électroniques, 11ème édition, Dalloz, 2021/2022, p.670

[17]- Un nom de domaine contient un radical et un suffixe. Ainsi « editions-ellipses.fr ». Le radical correspond généralement au nom d'une marque ou d'une entreprise. Le suffixe peut être géographique (« .ma »), générique (« .com ») ou personnalisé (« .paris », « .ellipses »).

[18]- « **Whois** » : service de base de données publiques permettant d'effectuer des recherches, afin d'obtenir des informations sur un nom de domaine comme la date d'enregistrement, les contrats administratifs et techniques associés ainsi que les serveurs DNC « domaine name system » (art 2).

Le nom de domaine est qualifié de signe de ralliement de la clientèle vers le site qu'il identifie, de magasin virtuel. Certes, c'est un signe, mais il n'est pas nécessairement distinctif. En effet, nombreux sont les noms de domaines purement descriptifs ou génériques (par exemple « hotels.com ». Les noms de domaine fonctionnent, pour le public, comme un outil de recherche de produits ou services sans référence à une entreprise particulière, tandis que les marques désignent les produits ou services d'une entreprise déterminée.

Les noms de domaine ne peuvent être assimilés aux marques. En effet, au-delà de leur ressemblance, qui tient particulièrement au monopole conféré au titulaire du signe, il existe entre ces deux types de signes des différences fondamentales qui s'opposent à l'application aux noms de domaine des règles propres aux marques. La notion de nom de domaine spécifique au monde de l'Internet, est totalement distincte de celle de marque ». Tandis que la marque est un titre de propriété, à la portée territoriale, délivré par l'autorité publique, la titularité du nom de domaine, signe par essence international, résulte d'un enregistrement contractuel auprès d'une entité privée.

Une partie de la doctrine[19] et de la jurisprudence[20] considèrent que la personne qui a enregistré un nom de domaine possède sur celui-ci un véritable droit de propriété, C'est ainsi, que la cour d'appel de Paris a estimé, dans un arrêt du 18 octobre 2000, que « le nom de domaine, compte tenu notamment de sa valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire, peut justifier une protection contre les atteintes dont il fait l'objet », à condition que les parties établissent « leurs droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté, et le risque de confusion que celui-ci peut entraîner dans l'esprit du public » . Une autre partie de la doctrine[21] et de la jurisprudence[22] refusent de reconnaître que le simple enregistrement du nom de domaine peut conférer à son titulaire un droit de propriété.

---

[19] - Larrieu. J, Droit de l'Internet, Ellipses, 2éd. 2010, p. 52

[20]- Arrêt rapporté par Grynbaum L, Le Goffic. C, Morlet-Haidara L, droit des activités numériques, 1re édition, Dalloz, 2014, p.640

[21] - Binctin. N, droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles, 6ème édition, LGDJ, 2020, n° 874, p.567

[22]. TGI Paris, (12 mars 1998), Sté Alice c/ Sté Alice, M. VIALA, Nom de domaine - Internet: le droit cherche ses marques, Note sous jurisprudence, Dalloz, no 21, (3 juin 1999), jp, p. 316

G. Loiseau[23] considère qu'on peut rapprocher le nom de domaine de l'enseigne commerciale puisque tous les deux désignent la localisation de l'entreprise, il ajoute que comme l'enseigne commerciale « le nom de domaine signale un lieu où la clientèle peut s'adresser à l'entreprise. La seule différence est qu'il remplit cette fonction distinctive et localisant sur un territoire purement virtuel ».

Cependant, l'assimilation du nom de domaine à l'enseigne est réfutée dans la mesure où l'accessibilité mondiale du nom de domaine se distingue de l'enseigne qui n'a qu'un rayonnement local et souvent limité.

L'enseigne s'acquiert par son usage, alors que le nom de domaine s'acquiert suite à son enregistrement auprès d'un organisme chargé de cette opération.

En ce qui concerne, la dénomination sociale est l'appellation sous laquelle une personne morale exerce son activité commerciale, elle sert à l'individualiser, la dénomination sociale s'acquiert par l'enregistrement au Registre du Commerce. La dénomination d'une entreprise personne morale est protégée sur l'ensemble du territoire national, indépendamment du rayonnement réel de l'entreprise. Cette protection est limitée au domaine d'activité de l'entreprise. La fonction du nom de domaine n'est pas d'individualiser une personne morale dans l'ensemble de son existence. De même, le nom de domaine une fois enregistré est indisponible quel que soit le secteur d'activité concerné.

La nature juridique du nom de domaine est très complexe est difficile a cerné, il n'est pas considéré comme un droit de la propriété intellectuelle, néanmoins, il confère un monopole à son titulaire. Ce monopole consiste réellement en un droit d'usage exclusif, attribué à celui qui dépose le nom de domaine à son nom.

L'article 23 alinéa 2 indique que : « le titulaire utilise le nom de domaine enregistré et les sous-domaines y afférents pour son propre besoin, sans

[23]- Choueiri. R, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures En vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, La loi applicable au fond dans les litiges concernant les noms de domaine 2006, p. 43 disponible sur le site https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2417/11743318.PDF?sequence=1&isAllowed=y (Consulté le 22/06/2022 à 15h50)

porter atteinte aux droits et aux intérêts des tiers. Il bénéficie d'un usage exclusif et personnel, du nom de domaine pendant sa durée de validité ».

L'enregistrement d'un nom de domaine confère à son titulaire un droit exclusif d'occupation sur un signe dont ni lui-même ni le bureau ou l'office d'enregistrement ne sont propriétaires. À défaut d'une qualification d'élément du domaine public, les noms de domaine tendent vers la catégorie des choses communes, définies comme des choses n'appartenant à personne mais faisant l'objet d'un usage réglementé[24].

Section II : Contentieux des noms de domaine

Des litiges peuvent avoir lieu entre le titulaire d'un nom de domaine au titulaire d'autre droit ou à un autre titulaire de nom de domaine. Après avoir présenté les conflits (I), puis les critères qui sont appliqués pour les résoudre (II), il convient d'évoquer les voies possibles de résolution de ces conflits.

I- Typologie des conflits (Agissements parasitaires)

Les conflits sont susceptible d'être réglés en application du droit commun : droit des marques, droit d'auteur, droit de la concurrence déloyale et parasitisme. Le contentieux relatif aux noms de domaine a principalement pour objet le cybersquatting, le typosquatting, il y'en a d'autres formes d'agissements parasitaires.

A. Le cybersquatting

Le cybersquatting consiste à enregistrer en nom de domaine une marque ou un nom notoirement connu de façon à empêcher son titulaire de l'enregistrer et de monnayer auprès de ce dernier son « rachat »[25]. En d'autres termes, Le cybersquatting ou cybersquattage est une pratique qui consiste à réserver un nom de domaine correspondant à une marque enregistrée (ou un autre signe distinctif) dont un tiers est titulaire ou au patronyme d'autrui. Le cybersquatteur agit généralement avec l'intention soit de le revendre ensuite à l'ayant droit, soit d'altérer sa visibilité, soit encore de profiter de sa notoriété. Il

[24] - Grynbaum L, Le Goffic. C, Morlet-Haidara L, droit des activités numériques, 1re édition, Dalloz, 2014, p.643

[25]- Dimeglio. A, Droit pour non juristes internet, Dunod, 2010, p.11

s'agit d'un acte qui peut être judiciairement sanctionné, suivant les cas comme une contrefaçon ou un acte de concurrence déloyale[26].

Le cybersquatting constitue une véritable opération de chantage, elle oblige les titulaires de marques à acquérir les noms de domaine déjà enregistrés correspondant à leurs propres marques à des prix parfois exorbitants. La presse a ainsi, à plusieurs reprises, relayé des opérations extrêmement lucratives telle que la cession des noms de domaine <.business.com> (revendu 7,5 millions de dollars), <.MP3audiobooks.com> (8 millions de dollars) ou encore <.drugs.com> (800 000 dollars)[27].

B. Le typosquattage

Le typosquatting est une technique dérivée du cybersquatting qui consiste à enregistrer en nom de domaine une marque notoirement connue mais comprenant une erreur de frappe comme « amzon.com » ou d'orthographe comme « lanKom ». Le typosquatting est condamné au même titre que le cybersquatting (affaire Lancôme, 16 septembre 1999, référé, TGI de Nanterre). Dans l'affaire Lancôme, le magistrat a considéré que l'usage des dénominations « lankome » et « lankom » constitue la reproduction quasi servile de la marque Lancôme, La société ayant enregistré ces dénominations en nom de domaine a ainsi été condamnée à les transférer au célèbre parfumeur[28].

Le typosquattage ou typosquatting est une technique consistant pour une personne à réserver sciemment comme nom de domaine un signe ressemblant à un nom de domaine connu, voire à une marque connue ou au patronyme d'une personnalité connue. Celui qui réserve un tel nom de domaine, se base sur des fautes de frappe, profite de la notoriété d'un signe distinctif ou d'un patronyme[29].

II-Voies de résolution des conflits

Les litiges portant sur l'enregistrement et l'usage des noms de domaines peuvent être résolus tant par la voie judiciaire (A) que par la voie extrajudiciaire (B).

---

[26]- Ngombé. Y. L, fiche de droit du numérique, Ellipses, 2022, p.3

[27]- Féral-Schuhl. Ch, Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2020 /2021, p. 1009

[28] - Dimeglio Arnaud. D, op cit, p.39

[29] - Ngombé. Y. L, op cit, p.34

A- La voie judiciaire

Le recours à la voie judiciaire nécessite la saisine du tribunal matériellement et territorialement compétent.

Selon l'article 45 alinéa 2 : « la mise en œuvre de la procédure alternative de résolution de litige ne fait pas obstacle à la saisine d'un tribunal compétent pour le même litige, avant, pendant ou après cette procédure. Dans ce cas, l'ANRT et le prestataire s'engagent à appliquer la décision devenue définitive prise par le dit tribunal ».

Du point de vue matériel, les règles applicables seront celles prévues par le Code de procédure civile. Seront ainsi essentiellement compétents, suivant les cas, les Tribunaux de droit commun et les Tribunaux de commerce en application, notamment, des dispositions du dahir des obligations et des contrats ou du Code de commerce.

Du point de vue territorial, le principe est celui de la compétence du for du défendeur. Le demandeur doit en principe saisir le tribunal du défendeur (art. 27 al. 1 CPC). Ainsi l'entreprise commerciale titulaire d'une marque qui se plaindrait d'un cybersquatting de la part d'une société ayant son siège social à Rabat devrait saisir le Tribunal de commerce de Rabat. Le Code de procédure civile prévoit cependant, la possibilité pour le demandeur de saisir outre le Tribunal du domicile ou du siège social du défendeur une autre juridiction. Tel est notamment le cas en matière délictuelle (art. 28 alinéa 6 du CPC). Appliquée aux conflits de nom de domaine, cela donne la possibilité au demandeur de saisir la juridiction du lieu où le dommage est subi ou celle du ressort du lieu où l'acte d'atteinte au droit du demandeur a été commis. Une compétence spéciale est également prévue en matière contractuelle (lieu d'exécution du contrat) (art. 28 alinéa 7, 8, et 9 du CPC).

B. La voie extrajudiciaire

La résolution d'un conflit portant sur le nom de domaine peut découler d'un accord entre les parties et, par conséquent, être conventionnelle (a). À défaut, le litige se résoudra par une procédure alternative de résolution des litiges (b).

a. La voie conventionnelle

La résolution conventionnelle d'un litige relatif au nom de domaine est parfaitement envisageable, notamment lorsque celui qui a le plus intérêt

à le conserver aura du mal à rapporter la preuve d'une antériorité ou d'un intérêt légitime sur le signe qu'il souhaite exploiter. Il peut ainsi être mis fin au litige par une transaction conformément aux articles 1098 et suivants du Code des obligations et des contrats. Les parties pourront ainsi convenir, par exemple, des modalités de transfert de droits sur un nom de domaine.

b. La voie contentieuse

Il existe plusieurs procédures de résolution extrajudiciaire de conflits en matière de nom de domaine. Au niveau international, l'ICANN a mis en place une procédure de règlement uniforme des litiges en matière de nom de domaine : la procédure UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy). Les principes UDRP prévoit la résolution des litiges par un centre d'arbitrage. Il s'agit d'une procédure en ligne. Elle permet à une victime de cybersquatting quel que soit son lieu de résidence ou celui du détenteur contesté du nom de domaine et quelle que soit la localisation du bureau d'enregistrement, de réclamer à son profit un transfert. Le principal centre habilité par l'ICANN est le Centre d'Arbitrage et de médiation de l'OMPI[30].

Le conflit sera tranché par un expert qui se prononcera dans un délai moyen de cinquante (50) jours. La décision peut consister en un rejet de la demande, en une radiation du nom de domaine litigieux ou en un transfert du nom de domaine revendiqué. Cette décision sera exécutée par le bureau d'enregistrement auprès duquel le détenteur avait réservé le signe querellé, dans un délai de dix jours sauf si dans le même délai, l'une des parties a saisi une juridiction judiciaire[31]. Cependant la procédure UDRP n'est applicable que pour certains noms de domaines précis. Il s'agit notamment des noms de domaine dont les suffixes ou extensions sont les suivants : .org, .net, .com,.aero, .asia, .biz, .cat, .coop, .info, .jobs, .mobi, .museum, .name,.pro, .travel.

Au niveau marocain, la procédure alternative de résolution de litiges est mise en œuvre par le centre d'arbitrage et de médiation de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) pour le règlement des différends relatifs aux noms de domaines internet « ma » se rapportant aux

[30] - Ngombé. Y. L, fiche de droit du numérique, Ellipses, 2022, p.40
[31] - Ngombé. Y. L, op cit, p.41

marques de fabrique, de commerce, ou de service protégés au Maroc (art 2 alinéa 16). Il régit la procédure alternative de résolution de litiges entre un requérant et un défendeur concernant un nom de domaine du .ma. Le règlement s'applique, par exception au principe de non-rétroactivité de la Charte, à l'ensemble des noms de domaine enregistrés auprès du gestionnaire.

Selon l'article 2 alinéa a du règlement sur la procédure alternative de résolution de litiges du .ma : « Le défendeur est tenu de se soumettre à une procédure obligatoire au cas où un tiers (le requérant) fait valoir auprès du centre que :

(i) le nom de domaine est identique ou semblable au point de prêter à confusion, à une marque de fabrique, de commerce ou de service sur laquelle le requérant a des droits protégés au Maroc ; et

(ii) le défendeur n'a aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache ; et

(iii) le nom de domaine a été enregistré ou est utilisé de mauvaise foi.

Dans la procédure, il appartient au requérant d'apporter la preuve que ces trois éléments sont réunis »[32].

L'examen du litige est confié à un expert qui se prononcera dans un délai moyen de quatorze (14) jours suivant la date de sa décision, il transmet sa décision - signée, en trois exemplaires et sous forme électronique - au Centre. La décision de l'expert l'expert peut prononcer uniquement la suppression ou la transmission du nom de domaine, ou rejeter la demande. Cette décision sera exécutée par le gestionnaire (**Gestionnaire** organisme chargé de la gestion administrative et technique des noms de domaine .ma, la maintenance des bases de données et des services de recherche publics et l'exploitation des serveurs) une fois écoulé le délai de trente (30) jours à compter du jour de la communication de la version électronique de la décision aux parties, à l'ANRT et au gestionnaire.

Selon l'article 44[33], l'ANRT peut recevoir et traiter les plaintes concernant les noms de domaine, notamment dans les cas suivants :

[32]- Règlement disponible sur le site internet de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle https://www.wipo.int/amc/fr/domains/rules/cctld/ma/index.html (consulté le 14/07/2022 à 23H00)

-contestation de l'enregistrement d'un nom de domaine ayant trait à un terme figurant sur la liste des termes réservés, même si ce nom de domaine est enregistré à une date antérieur à l'entrée en vigueur de la présente décision ;

-Contestation relative au nom de domaine du titulaire d'un nom de domaine tel que figurant sur la base de données « whois ».

La partie s'estimant lésée ou contestant le droit au nom de domaine objet de la plainte doit apporter tous les éléments de preuve démontrant son droit sur le nom de domaine concerné.

L'ANRT statue sur la plainte dans un délai ne dépassant par deux (2) mois à compter de la date de réception de la dite plainte, sauf circonstances exceptionnelles.

Lorsque le litige porte sur un nom de domaine « .ma » aux marques de fabrique, de commerce ou de service protégées au Maroc, le titulaire est tenu de se soumettre à la procédure alternative de résolution de litiges relatifs aux noms de domaine « ma ».

En guise de conclusion, on peut dire que le nom de domaine est le signe utilisé pour identifier un site internet, au même titre que l'enseigne qui identifie le fonds de commerce. Le titulaire d'un nom de domaine peut s'opposer à l'emploi du signe comme dénomination commerciale, mais aussi comme marque. Il ne s'agit pas d'un droit de propriété mais plutôt d'un droit d'usage ou d'occupation. C'est pourquoi on parle de « réservation » et non pas d'« appropriation ». La réservation d'un nom de domaine permet à son titulaire un droit d'occupation rendant indisponible le signe distinctif dans les extensions choisies. Par ailleurs, La protection des noms de domaine permet d'une part de lutter, contre toute forme de piratage consistant à utiliser un nom de domaine très voisin pour détourner les internautes ayant fait une erreur de saisie vers des sites concurrents (c'est le « typosquatting »), et d'autre part, combattre certains

[33]- Bulletin officiel N° 6332-15 rabii 1436 (5-2-2015), décision Agence Nationale de réglementation des télécommunications (ANRT)/DG/n° 12-14 du 27 maharrem 1436 (21 novembre 2014) relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet « .Ma » p.890 et 891 disponible sur: https://www.anrt.ma/sites/default/files/2015-12-14-gestion-nom-domaine-ma-fr_0.pdf (Consulté le 14/07/2022 à 23h52)

comportements illicites comme le « cybersquatting ». Celui- ci consiste à réserver des marques notoirement connues avant leurs titulaires légitimes pour exercer sur eux un chantage lucratif en les menaçant de les revendre au plus offrant.

Bibliographie :

Ouvrages :

-Binctin. N, droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles, 6ème édition, LGDJ, 2020

- Dimeglio Arnaud. D, Droit pour non juriste : Internet : 50 fiches pour créer et exploiter un site internet, édition Dunod, 2010

-Dupuis. M, droit commercial, spécial droit, ellipses, 2018

-Féral-Schuhl. Ch, Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2020 /2021

-Grynbaum. L, Le Goffic. C, Morlet-Haidara. L, droit des activités numériques, 1re édition, Dalloz, 2014,

-Jacques Azéma. J, Galloux. J-CH, Droit de la propriété industrielle, 8 éditions, Dalloz, 2017

-Larrieu. J, Droit de l'Internet, 2édition, Ellipses, 2010

- Lefranc. D, droit des applications connectées, édition Larcier, 2017,

- Ngombé. Y. L, fiche de droit du numérique, Ellipses, 2022

-Philippe Le Tourneau, contrat numérique informatiques et électroniques, 11ème édition, Dalloz, 2021/2022

Webographie

- https://www.cigref.fr/archives/histoire-cigref/blog/1983-du-nom-de-domaine-au-dns/

- https://www.anrt.ma/sites/default/files/2015-12-14-gestion-nom-domaine-ma-fr_0.pdf

-https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042623549/

https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2417/11743318.PDF?sequence=1&isAllowed=y

-https://www.wipo.int/amc/fr/domains/rules/cctld/ma/index.html