



Droit Public Comparé

ISSN : 3036-2490

5 | 2025

 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=746>

Référence électronique

« 5 », *Droit Public Comparé* [En ligne], mis en ligne le 15 décembre 2025, consulté le 31 décembre 2025. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=746>

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.746



SOMMAIRE

Dossier : Les privatisations

Denis Jouve

Introduction

Nuria Ruiz Palazuelos

Considérations sur les limites des privatisations en droit espagnol

Madeleine Lasserre

Privatiser à contre-courant : le « Sonderweg » allemand en matière de privatisations

Sarra Sfaxi

« Les politiques » de privatisation des entreprises publiques en Tunisie postrévolutionnaire : entre contraintes internes et conditionnalités du Fonds Monétaire International

Patricia Benezech-Sarron

Protéger sans acquérir ? La privatisation discrète de la protection des espaces naturels inspirée du modèle américain des *conservation easements*

Francesca Saveria Pellegrino

Les fondations culturelles d'origine publique en Italie. Une comparaison avec l'expérience française

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Sylvain Soleil

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Achille Magloire Ngah

Le droit public des États d'Afrique subsaharienne à l'épreuve de la chefferie traditionnelle

Traduction

Denis Jouve

Traduction du terme espagnol *fomento*

Varia

Jean Mermoz Bikoro

Le consensus dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique subsaharienne francophone

Recension

Delphine Costa

As you like it* ... À propos de deux ouvrages récents parus en Italie sur le droit administratif dans le contexte de l'Union européenne

Dossier : Les privatisations

Introduction

Denis Jouve

DOI : 10.35562/droit-public-compare.832

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

- 1 Le dossier de ce cinquième numéro de la revue *Droit public comparé* – *Comparative public law* offre une approche renouvelée du thème des privatisations dans une perspective de droit comparé. La thématique des privatisations a été abordée dans le monde entier, à partir des années 1980. Cependant, elle l'a peu été dans un cadre de droit comparé ou étranger. Or, après plusieurs vagues de privatisation dans de nombreux pays, et une certaine forme d'épuisement du vivier des entreprises les plus évidentes ou stratégiques à privatiser, il convient de voir les formes que prend cette manifestation particulière de l'action publique dans l'économie en 2025.
- 2 Le dossier a été constitué à partir d'un appel à contribution. Une dizaine d'évaluateurs anonymes ont étudié les articles soumis afin d'en retenir cinq répondant aux exigences de l'appel et du dossier thématique. Les cinq contributions offrent un panorama nécessairement partiel du sujet puisque tous les systèmes juridiques n'ont pu être présentés mais elles donnent à voir la richesse et l'intérêt de ce sujet à partir de certaines situations étatiques.
- 3 L'appel à contribution a adopté une appréhension large de la notion de privatisation afin d'envisager l'ensemble des manifestations du mouvement de déplacement des activités administratives vers le privé, qu'il s'agisse du droit, du régime juridique ou du capital. Cette approche souple a permis de saisir le phénomène de privatisation dans toute sa diversité. Ainsi, trois approches de la privatisation ressortent des articles : tout d'abord, la privatisation du capital, correspondant à la privatisation des entreprises publiques (la privatisation *stricto sensu*) ; ensuite, la privatisation du régime

juridique, qui correspond au passage du statut public au statut privé des structures (la sociétéisation, par exemple) ; enfin, la privatisation de la gestion d'une activité que la personne publique transfère au secteur privé (l'externalisation).

- 4 Nuria Ruiz Palazuelos livre une étude abordant les « Considérations sur les limites des privatisations en droit espagnol ». Elle montre le développement du champ d'action des entités privées dans des secteurs réservés traditionnellement aux pouvoirs publics. Elle distingue la privatisation au sens de transfert de capital et celle au sens de transfert de gestion. Ce dernier cas de figure intègre l'exercice privé de fonctions de service public ou la constitution de sociétés à capital public. Si la Constitution espagnole n'apporte pas de limite explicite aux privatisations, quelle que soit l'appréhension de la notion, le Tribunal suprême les encadre, par exemple, en limitant la délégation de la gestion de procédures administratives à des non-fonctionnaires. L'autrice plaide enfin pour que l'administration puisse conserver le contrôle du noyau dur des activités administratives.
- 5 Madeleine Lasserre propose une contribution intitulée « Privatiser à contre-courant : Le "Sonderweg" allemand en matière de privatisations ». Elle montre que les vagues de privatisation sont moins prononcées en Allemagne que dans d'autres pays européens, ce qui peut paraître paradoxal puisque la Constitution contraint peu la privatisation alors qu'elle encadre strictement la nationalisation. L'autrice détaille la grande diversité des acceptions de la notion de privatisation en Allemagne et la variété d'intensité des mécanismes selon que celle-ci est formelle (un transfert activité à une société de droit privé nouvellement créée), matérielle (une mission est transférée à une entreprise de droit privé avec un droit de regard public), fonctionnelle lorsque l'entité publique reste responsable de la mission (la compétence est publique mais l'opérateur est privé) ou encore, concerne les actifs (le transfert des ressources vers des acteurs privés).
- 6 Sarra Sfaxi offre une réflexion sur « "Les politiques" de privatisation des entreprises publiques en Tunisie postrévolutionnaire : entre contraintes internes et conditionnalités du Fonds Monétaire International ». Elle met en lumière le nouveau rapport à la

privatisation en Tunisie depuis la Révolution. Dans le régime précédent, les privatisations étaient synonymes de clientélisme et ont entraîné un mouvement de rejet durant la période transitoire. Les différents gouvernements ont cependant tenu une position fluctuante à l'égard de ce mécanisme. Depuis la stabilisation du régime, les privatisations font l'objet de résistances internes, notamment syndicales et populaires alors qu'elles sont, par ailleurs, promues par les bailleurs de fonds, le FMI en tête, dans un contexte budgétaire où le recours à cette organisation internationale est nécessaire. L'article nous donne alors à voir un contexte de privatisation peu familier aux Européens, mais fréquent en Afrique et en Amérique Latine, où les privatisations sont un élément de la conditionnalité du soutien financier du FMI limitant ainsi la souveraineté des États.

- 7 Patricia Benezech-Sarron développe une réflexion titrée : « Protéger sans acquérir ? La privatisation discrète de la protection des espaces naturels inspirée du modèle étasunien des *conservation easements* » comparant le dispositif américain des *conservation easements* et celui des obligations réelles environnementales. Elle analyse le recul du modèle français de protection des espaces naturels (par le Conservatoire du littoral notamment) fondé sur l'acquisition publique. Les alternatives aux acquisitions publiques environnementales constituent une forme d'externalisation patrimoniale. L'autrice montre comment ces servitudes de conservation sont institutionnalisées et valorisées afin d'acquérir et de protéger des terrains privés sans les acquérir. Pour l'heure, le système français reste peu attractif, peu effectif et ne transpose qu'en surface le modèle étasunien.
- 8 Enfin, dans un article intitulé « Les fondations culturelles d'origine publique en Italie. Une comparaison avec l'expérience française », Francesca Pellegrino développe l'idée d'une recomposition de la distinction public/privé par un usage croissant des fondations pour gérer des services publics en Italie. Elles apparaissent comme le laboratoire de l'hybridation institutionnelle, notamment en matière culturelle. En comparant les modèles français et italiens, elle montre comment les fondations exercent des activités administratives sous contrôle public en Italie mais sans un cadre juridique suffisamment homogène, pour l'heure. Ces structures sont formellement privées

mais soumises à des contraintes de droit public constituant, en quelque sorte, une privatisation formelle. L'autrice compare particulièrement la Fondation MAXXI en Italie et la Fondation du Patrimoine en France pour illustrer son propos.

- 9 Au terme de la lecture de ces articles et de la découverte de la situation dans divers pays, il apparaît impossible de constater un mouvement homogène d'accentuation des transferts de capitaux du secteur public vers le secteur privé ou de retour des nationalisations, à l'inverse. Il existe une variété de mécanismes et de modèles de prise en charge des activités administratives par des personnes privées ou personnes publiques soumise à une gestion privée. Entre les deux pôles constitués par la gestion en régie et le transfert d'une activité administrative à une société à participation publique minoritaire ou nulle, il existe un nuancier de situations, pour ne pas user, une fois de plus de l'image de l'échelle. Cette compréhension large de la privatisation révèle les nombreuses situations hybrides permettant soit une privatisation formelle, soit une privatisation de la gestion soit une privatisation partielle des activités administratives que l'approche restrictive par le seul transfert du secteur public au secteur privé laisse dans l'ombre. Le relatif ralentissement des privatisations au sens strict du basculement du capital vers le secteur privé ne doit pas masquer la poursuite de l'immixtion du secteur privé dans la gestion des activités administratives sous des formes plurielles. L'approche comparée du phénomène de privatisation le met particulièrement bien en lumière et permet ainsi de renouveler et d'enrichir la réflexion.

AUTEUR

Denis Jouve

Denis Jouve est professeur de droit public à l'Université Reims Champagne Ardenne, au Centre de recherches Droit et Territoire.

Considérations sur les limites des privatisations en droit espagnol

Nuria Ruiz Palazuelos

DOI : 10.35562/droit-public-compare.768

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. La délimitation conceptuelle du phénomène de privatisation : que faut-il entendre par privatiser ?
 - 1.1. La privatisation *stricto sensu* : un phénomène économique parmi d'autres
 - 1.2. La privatisation *lato sensu* : un phénomène ancien et polymorphe
 - 1.2.1. L'exercice privé de fonctions ou de services publics
 - 1.2.2. La formule organisationnelle privée ou la « fuite du droit administratif »
2. Les limites juridiques posées au phénomène de privatisation : que peut-on privatiser ?
 - 2.1. Les limites implicites tirées de la norme constitutionnelle
 - 2.2. Les limites insuffisantes offertes par la jurisprudence du *Tribunal Supremo* sur l'exercice de fonctions publiques par des entités privées
3. Conclusion

TEXTE

- 1 Depuis plusieurs décennies déjà, le droit administratif espagnol est confronté à un phénomène aussi puissant qu'insaisissable : la privatisation. Ce terme de « privatisation », qui fait florès dans les discours sur le droit administratif, demeure toutefois polysémique et est, à ce titre, employé pour désigner des réalités différentes. L'imprécision du terme n'atténue toutefois en rien la force d'un phénomène qui a profondément affecté une grande partie des structures sur lesquelles s'est conceptualisé le droit administratif en Espagne. Si, selon l'Académie royale espagnole, privatiser doit être compris comme « transférer une entreprise ou une activité au secteur privé », ce transfert peut être envisagé à la fois strictement – à savoir le transfert de la propriété ou de la titularité de ladite

entreprise à des sujets privés – et, plus largement, comme l'exécution d'une fonction ou d'un service par le secteur privé. Dans les deux cas, ce terme permet de décrire une même tendance : un retrait progressif des pouvoirs publics de certains secteurs et le transfert à des acteurs privés de services, d'activités ou de fonctions qu'ils exerçaient auparavant. La puissance publique s'est ainsi effeuillée comme un artichaut. La question qui se pose alors est la suivante : quel est le noyau irréductible du service public ? Où situer la limite – s'il en existe effectivement une – à ce phénomène de délégation de fonctions publiques à des acteurs privés ? Où se trouve, pour filer une métaphore qui est généralement plutôt employée aux sujets du régime des droits et libertés fondamentaux, le cœur de l'artichaut ?

- 2 Cette question n'est pas anecdotique puisqu'elle conduit finalement tout un chacun à interroger sa propre conception du droit administratif. Elle n'est toutefois pas inédite puisque le spectre de la « privatisation » plane depuis longtemps déjà sur cette discipline. Ce concept, en dépit de sa forme ectoplasmique, put servir de matière première à de nombreuses théories dont il n'est possible de rendre compte ici de façon exhaustive¹. Les développements à venir auront, plus modestement, pour objet de présenter l'état de cette question dans le système espagnol qui, ainsi que le montre le présent dossier, n'est d'ailleurs pas le seul concerné.
- 3 Avant d'aborder cette question des limites juridiques éventuelles à la « privation », à partir tant du texte de la Constitution de 1978 que de l'interprétation jurisprudentielle qui en est donnée (2.), il convient toutefois de délimiter, un peu plus précisément, ce phénomène sur le plan conceptuel pour percevoir ses manifestations en droit administratif espagnol (1.).

1. La délimitation conceptuelle du phénomène de privatisation : que faut-il entendre par privatiser ?

- 4 Comme cela fut précédemment évoqué, le phénomène de la privatisation peut faire l'objet de plusieurs approches et être ainsi appréhendé strictement (1.1.) comme largement (1.2.). Ce sont ces

deux formes, intéressantes l'une comme l'autre du point de vue juridique, qu'il convient ici de détailler pour tenter de s'y retrouver dans un débat qui n'a sans doute rien de bien original en droit administratif espagnol, mais dont les termes se sont justement brouillés au fil du temps.

1.1. La privatisation *stricto sensu* : un phénomène économique parmi d'autres

- 5 La privatisation au sens strict invite à considérer la composition du capital des opérateurs économiques ou, en d'autres termes, la propriété de l'entreprise ou du secteur concerné. La Commission nationale du marché des valeurs la définit comme la « vente totale ou partielle d'une entreprise publique – propriété de l'État – à des investisseurs privés, par le biais d'une offre publique² ». En Espagne, ce fut le cas, par exemple, de la compagnie *Telefónica Nacional de España*, entreprise qui a détenu le monopole du service téléphonique pendant de nombreuses années et qui avait été partiellement nationalisée en 1945³. En 1997, l'ensemble du capital de l'entreprise fut privatisé et depuis lors, celle-ci est détenue par des investisseurs privés.
- 6 Ainsi entendu, le terme privatisation ne doit donc pas être confondu avec celui de « libéralisation ». Libéraliser signifie ouvrir un secteur à la libre concurrence, ce qui n'exclut alors pas la présence d'entreprises publiques dans ledit secteur, mais seulement les situations monopolistiques ou oligopolistiques sur le marché. La libéralisation concerne donc la structure du marché et non la nature des opérateurs économiques qui y participent. Ce faisant, il est parfaitement possible que des marchés non libéralisés soient entre les mains d'entreprises privées. La libéralisation de certains secteurs économiques comme les télécommunications, l'énergie, le secteur postal ou l'audiovisuel fut une exigence du droit de l'Union européenne et elle est couramment associée à l'émergence de ce que l'on appelle l'État régulateur. Mais il faut souligner que les normes européennes imposant la libre concurrence dans ces secteurs ne prescrivent rien quant au régime de propriété des opérateurs économiques, le principe de neutralité inscrit à l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquant dans ce

cas. En Espagne, par exemple, la libéralisation du marché postal n'a pas empêché l'entreprise publique *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos* de continuer à y opérer. Cette dernière est d'ailleurs tenue d'assurer le service postal universel et se trouve en conséquence soumise à des obligations de service public⁴. Ce fait met en lumière une seconde idée. Si libéraliser ne signifie pas nécessairement privatiser, il faut également ajouter que privatiser ne signifie pas pour autant que l'État abandonne toute responsabilité et tout contrôle sur le secteur économique concerné. Même dans les cas où le marché est exclusivement composé d'entreprises privées, l'État conserve toujours des fonctions de supervision et de contrôle en vue de garantir certaines valeurs sociales allant au-delà de la seule protection de la concurrence. C'est le cas, par exemple, de la garantie du service universel ou des obligations de service public.

- 7 Si la libéralisation des secteurs économiques soumis à régulation ne signifie donc ni la disparition automatique des entreprises publiques, ni la perte de responsabilité de l'État à leur égard, il n'en reste pas moins que l'émergence du modèle d'État régulateur s'est souvent accompagnée du transfert à des investisseurs privés d'anciennes entreprises publiques. En ce sens, fut évoqué le cas de *Telefónica*, mais il est possible d'en dire autant d'*Endesa* et *Repsol* dans le secteur de l'énergie, d'*Iberia* dans celui du transport aérien ou encore d'*Argentaria* – aujourd'hui intégrée dans le groupe BBVA – dans le secteur bancaire. Pour autant, cela ne signifie pas que le nombre d'entreprises publiques ait été drastiquement réduit, ni que les dimensions du secteur public aient été notablement rétrécies. C'est même souvent le contraire.
- 8 Comme cela sera vu par la suite, la privatisation de grandes entreprises publiques dans certains secteurs économiques fut accompagnée en parallèle d'une prolifération d'entités publiques dans d'autres domaines. Cette tendance s'explique, d'une part, par l'efficacité accrue que permettrait le régime juridique de droit privé auquel ces entités sont soumises, mais aussi, d'autre part, par une volonté de contourner les contrôles et garanties imposés par le droit administratif. Les auteurs ont alors évoqué une « fuite du droit administratif » pour décrire cette tendance qu'il est possible de rattacher au phénomène de « privatisation » mais entendu au sens large.

1.2. La privatisation *lato sensu* : un phénomène ancien et polymorphe

- 9 Entendue largement, la privatisation permet d'envisager des situations dans lesquelles la puissance publique conserve la responsabilité ou la titularité d'un secteur ou d'une activité, mais en confie la gestion à un acteur privé. Cela peut, plus précisément, recouvrir deux types d'hypothèses. La première concerne les cas dans lesquels l'exécution d'une fonction ou d'une activité est confiée à une entreprise privée. Cette formule, bien connue du droit administratif espagnol depuis longtemps – notamment dans le domaine de l'administration locale⁵ – se met en œuvre à travers la commande publique et est généralement justifiée par des raisons d'efficacité (1.2.1.). Quant à la seconde, déjà évoquée, elle correspond au recours à des formules organisationnelles de droit privé – les sociétés à capitaux publics – pour l'exercice de fonctions traditionnellement considérées comme publiques (1.2.2.).

1.2.1. L'exercice privé de fonctions ou de services publics

- 10 Il est ici question des situations dans lesquelles des fonctions ou des services relevant de la responsabilité de l'Administration⁶ sont confiés à des acteurs privés. Comme nous l'avons mentionné, le recours à ce type de formules n'a rien d'inédit. Comme l'écrit Fernández Farreres, cette réalité renvoie à la configuration juridique traditionnelle des services publics rendus aux citoyens et « n'apporte rien de nouveau à une question aussi classique que largement étudiée par les administrativistes⁷ ». La concession administrative a constitué, dans de nombreux cas, la voie ordinaire par laquelle cette gestion indirecte s'est articulée, même si ce n'est pas la seule. Malgré l'ancienneté du phénomène, un nouveau terme a émergé ces dernières années : l'externalisation, qui désigne en substance la même réalité.
- 11 Certes, une partie de la doctrine pourrait récuser cette intégration de la concession et, plus largement, de l'externalisation, dans le phénomène de privatisation. Ainsi, pour Martín Rebollo, « on ne peut pas vraiment parler ici de privatisation, même s'il s'agit d'une gestion

privée. Car, en fin de compte, la titularité du service et son contrôle ultime restent [...] publics⁸ ». Cependant, le fait que les pouvoirs publics conservent la responsabilité de ces secteurs et exercent un contrôle sur ces activités gérées par des acteurs privés ne suffit pas, à notre sens, à exclure ce type de réalités de la notion de privatisation. Il faut ainsi rappeler que, même dans les secteurs libéralisés – donnant souvent lieu à des privatisations *stricto sensu* –, l'État conserve certaines responsabilités et les autorités de régulation exercent un contrôle permanent sur le marché en question. Ce constat ne peut donc servir de critère distinctif pour conceptualiser la privatisation. Dans le cadre de ce travail, il semble donc possible, et même préférable, de retenir une conception large de la privatisation, qui mette l'accent sur la nature privée du sujet exerçant l'activité administrative, et ce, parce que la gestion indirecte d'activités par des acteurs privés constitue l'un des modes les plus répandus de délégation de fonctions publiques, impliquant même parfois l'exercice de l'autorité. C'est donc l'un des domaines où la question des limites, évoquée en introduction, se pose avec le plus d'acuité. Il en va d'ailleurs de même de la création de personnes morales de droit privé – les entreprises publiques – pour l'exercice de fonctions administratives qui seront évoquées plus avant. Laisser de côté ces deux réalités⁹ reviendrait à ignorer une grande partie des problématiques actuelles liées à l'incursion des sujets de droit privé dans le champ de l'action publique, dont la garantie relève de l'Administration.

- 12 Du reste, si ce phénomène d'externalisation n'est pas inédit, force est de constater qu'il a connu une expansion significative au cours des dernières années, envahissant même désormais des domaines traditionnellement considérés comme relevant exclusivement des pouvoirs publics. Si les causes de ce mouvement d'expansion sont multiples et ne peuvent évidemment être analysées ici de manière exhaustive, il est au moins possible de relever qu'il procède généralement de la recherche d'une plus grande efficacité et une meilleure capacité technique pour l'exécution de certaines missions, course dans laquelle l'appareil bureaucratique de l'État est distancé par le modèle de l'entreprise, ainsi que d'une réduction des coûts pour l'Administration, notamment en termes de personnel¹⁰. Ce phénomène révèle en quelque sorte l'affaiblissement du modèle

wébérien de l'administration publique et la montée en puissance d'un Léviathan – le secteur privé – qui semble lui avoir pris le dessus face aux exigences de la société contemporaine. Canals i Ametller rend parfaitement compte de cette tendance en écrivant que ces entités privées « gagnent progressivement du terrain ¹¹ » et qu'elles agissent « comme de véritables administrations publiques dans l'exercice de fonctions publiques authentiques de contrôle, d'inspection et de certification ¹² ». Des missions telles que l'inspection technique des véhicules, la vérification environnementale ou la sécurité et la qualité industrielles ¹³ sont confiées à des entreprises privées, qui ne se contentent pas de jouer un rôle auxiliaire ou de soutien technique à l'Administration, mais occupent, comme le souligne Cantero Martínez, une position centrale dans l'exercice de ce type de fonctions ¹⁴ considérées pourtant comme des prérogatives de puissance publique. À tel point que l'autrice qualifie cette évolution de véritable abandon de fonctions de la part de l'Administration ¹⁵. Même si le droit espagnol ne définit pas clairement ce qu'il faut entendre par « puissance publique » ou « pouvoir impliquant l'exercice de l'autorité », un consensus émerge dans la doctrine pour considérer que la fonction d'inspection implique bien l'exercice de l'autorité ¹⁶. C'est alors là que se situe le cœur du problème qui sera abordé plus avant en analysant les limites puisque la question est de savoir si des personnes privées peuvent exercer ce type de fonctions pour le moins particulières.

1.2.2. La formule organisationnelle privée ou la « fuite du droit administratif »

13 Il arrive que les administrations publiques usent de leur capacité juridique pour créer des entités instrumentales dotées de la personnalité juridique de droit privé. Il s'agit alors de personnes morales qui, tout en adoptant les formes classiques d'associations, de fondations ou de sociétés publiques et étant en conséquence soumises – du moins en principe – au droit privé pour la réalisation de leurs missions, sont intégrées dans l'orbite de l'Administration qui en est à l'origine.

14 La création de ce type d'entités remonte au début du xx^e siècle et n'est sans doute pas en elle-même critiquable. Comme l'explique

Martín-Retortillo Baquer, dès le début du siècle – et plus particulièrement après l'adoption du Statut municipal de 1924 et la création de l'Institut national de l'industrie en 1939 – sont apparues en Espagne des sociétés commerciales publiques chargées de développer des activités économiques de production de biens et de services, ou de gérer certains services publics¹⁷. Cependant, il ne s'agissait pas de l'exercice de fonctions administratives au sens strict, ce qui justifiait alors pleinement le recours à ce type d'entités.

- 15 Le problème de la « fuite du droit administratif » et les critiques que cette dernière suscite apparaissent lorsque sont créées des sociétés commerciales publiques, ou plus largement des entités instrumentales de droit privé, pour exercer des fonctions publiques, comme l'attribution de subventions publiques, dans le but explicite d'échapper au droit administratif et aux contraintes spécifiques qu'il implique, au nom d'une supposée plus grande efficacité. Pendant longtemps, l'activité de ces entités était intégralement régie par le droit privé, de sorte que la législation espagnole partait du principe que les sociétés à capitaux publics ne pouvaient pas exercer de prérogatives de puissance publique, principe largement ignoré par la pratique. La situation a changé en 2015, avec l'adoption de deux lois : la loi 39/2015 relative à la procédure administrative commune des administrations publiques et la loi 40/2015 relative au régime juridique du secteur public, toutes deux en date du 1^{er} octobre 2015. Ces deux lois permettent aux sociétés publiques quelque chose de totalement inédit en droit espagnol et très contestable en soi : l'exercice de prérogatives de puissance publique. En effet, elles incluent dans leur champ d'application les entités de droit privé liées ou dépendantes des administrations publiques « lorsqu'elles exercent des prérogatives administratives », une mention qui a immédiatement suscité la stupéfaction de la doctrine espagnole¹⁸. Admettre que des entités de droit privé puissent exercer des prérogatives publiques supposait de rompre avec tout ce qui avait été admis jusqu'alors sur la raison d'être de ces sociétés commerciales publiques, et ce, sans explication. La loi 40/2015 précise toutefois à l'article 113 que : « en aucun cas elles ne peuvent disposer de prérogatives impliquant l'exercice de l'autorité publique ». Les contours de l'action de ces entités ont ainsi été esquissés, sans pour autant être réellement clarifiés.

- 16 Ce flou procède de la notion même de prérogative de puissance publique. Le droit espagnol ne précisant pas ce qu'elle recouvre, c'est la doctrine qui s'y est essayée en la décrivant comme un ensemble d'activités réservées aux pouvoirs publics : authentification avec force probante, exercice de l'autorité, imposition de sanctions¹⁹, octroi de subventions. Cette approche fut toutefois remise en cause par le droit positif qui, depuis 2015, admet que les sociétés commerciales puissent exercer de telles fonctions. Il a aussi été affirmé que la prérogative publique se réfère à une activité administrative ayant une incidence directe sur la situation juridique d'autres sujets²⁰, ce qui n'est pas plus éclairant. La jurisprudence, au fil des ans, a quant à elle esquissé ce qu'il faut entendre par prérogative publique et ce qu'implique l'exercice de l'autorité qui renverrait elle à une notion plus restreinte au terme d'une approche qui reste toutefois casuistique et rétive à tout effort de systématisation.
- 17 Dans ce contexte, l'ordre juridique espagnol dut d'ailleurs faire face à une contradiction. D'un côté, les sociétés publiques peuvent, selon la loi sur la procédure, exercer des prérogatives administratives, mais pas celles impliquant l'exercice de l'autorité, ce qui renvoie donc à une distinction conceptuelle qui est encore floue. De l'autre, la législation relative aux fonctionnaires²¹ dispose en son l'article 9.2 que « l'exercice de fonctions impliquant la participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des administrations publiques revient exclusivement aux fonctionnaires publics ». Comment admettre, dès lors, qu'une société publique, dont le personnel n'est pas fonctionnaire, puisse exercer des prérogatives publiques ? Faut-il considérer que la loi postérieure a implicitement abrogé la précédente ou que la loi spéciale l'emporte sur la loi générale ? Là encore, la jurisprudence a tenté d'apporter des réponses comme le montrera la seconde partie de cette contribution consacrée à la question des fonctions pouvant être exercées par ce type d'entités de droit privé.
- 18 Au-delà de ce débat, ce qui importe à ce stade est de souligner que ce phénomène a pris des proportions démesurées en droit espagnol. Les administrations publiques se sont progressivement dotées d'une constellation de sociétés commerciales chargées de réaliser les activités les plus variées, allant jusqu'à l'octroi de subventions. Cette

situation fait l'objet de critiques récurrentes au sein de la doctrine espagnole. Plus récemment, le séminaire organisé en février 2025 au *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de Madrid, réunissant d'éminents professeurs de droit administratif ainsi que des magistrats de la chambre contentieuse-administrative du *Tribunal Supremo*, avait d'ailleurs pour objet spécifique l'examen de cette question²². Les intervenants ont, une fois encore, mis en exergue les difficultés inhérentes à ce phénomène, qu'ils ont désigné comme la « zone d'ombre²³ » du droit administratif espagnol²⁴. La raison d'être de l'administration publique et l'existence d'un personnel fonctionnaire pour l'accomplissement de certaines fonctions semblent s'effacer, et cela interpelle les juristes espagnols : à quoi bon avoir une administration publique si l'on accepte que le secteur privé puisse complètement la remplacer ? Pourtant, la Constitution est imprégnée d'une conception claire de ce qu'est l'administration, de ce qu'elle doit faire et de la manière dont elle doit le faire. Autant d'exigences qui ne peuvent être ignorées.

2. Les limites juridiques posées au phénomène de privatisation : que peut-on privatiser ?

- 19 Plusieurs sources de droit doivent être ici considérées pour rendre compte des éventuelles limites juridiques que le système espagnol oppose au phénomène que l'on a préalablement délimité. Il s'agit, d'une part, du texte même de la Constitution de 1978 et de l'interprétation qu'en retient le *Tribunal constitucional* et, d'autre part, de la jurisprudence du *Tribunal supremo* qui put être aussi confronté à certaines de ses manifestations. Ces sources ignorent alors la distinction entre les moyens d'action de l'administration qu'il est usuel de faire en droit administratif espagnol entre les missions de « *formento*²⁵ », de service public, de police – qu'il n'est donc pas pertinent d'évoquer ici – et posent des problèmes distincts. Ainsi, tandis que le texte constitutionnel et la jurisprudence du *Tribunal constitucional* ne traitent pas explicitement de ce phénomène, la jurisprudence du *Tribunal supremo*, plus loquace, ne semble pas en mesurer toutes les implications. Ce faisant, les limites

juridiques à la privatisation sont tantôt seulement implicites (2.1) tantôt encore insuffisantes (2.2).

2.1. Les limites implicites tirées de la norme constitutionnelle

- 20 La Constitution espagnole n'impose tout d'abord pas de limites explicites aux privatisations *stricto sensu*, c'est-à-dire au transfert d'actifs d'entreprises publiques à des investisseurs privés.
- 21 En effet, le texte de 1978 ne se prononce pas sur la composition du capital des entreprises opérant sur le marché. Son article 38 reconnaît même la liberté d'entreprise dans le cadre de l'économie de marché, ce qui permet la coexistence d'entreprises à capitaux publics et de sociétés de droit privé. Ensuite, le fait qu'elle affirme que certaines prestations ou certains services doivent être garantis par les pouvoirs publics n'implique pas que lesdites prestations ou lesdits services ne puissent être également assurés par des entreprises majoritairement privées. C'est pourquoi S. Martín-Retortillo affirme qu'il n'y a pas lieu de parler, dans le cadre constitutionnel espagnol, de « services publics constitutionnels » semblables à ceux évoqués par le préambule de la Constitution française de 1946²⁶. Sans doute la Constitution évoque-t-elle le caractère public de certains services, mais cela ne se traduit pas par un régime de monopole sur ces activités. C'est le cas, par exemple, de l'article 27, qui dispose que les pouvoirs publics « garantissent le droit de tous à l'éducation, notamment par la création de centres d'enseignement », ce qui n'empêche alors nullement la liberté d'enseignement ni l'existence d'établissements privés. Il en va de même de l'obligation constitutionnelle de mettre en place un système public de sécurité sociale posée à l'article 41 qui n'exclut pas l'existence d'alternatives privées²⁷. Quant à l'article 20, en garantissant la liberté de communication, il admet l'existence de médias publics sans pour autant interdire les médias privés. Enfin, en reconnaissant l'initiative publique dans l'activité économique, l'article 128 permet sans doute de réserver par la loi certaines ressources ou services essentiels au secteur public, notamment en cas de monopole, et autorise ainsi l'intervention publique dans les entreprises lorsque l'intérêt général l'exige. Néanmoins, il ne le fait pas, comme la Constitution française,

en des termes impératifs. Utilisant le verbe « pourra » et non « devra », il ménage plutôt au législateur une importante marge d'appréciation.

- 22 Les limites constitutionnelles ne sont pas non plus flagrantes s'agissant des hypothèses de privatisations *lato sensu* précédemment évoquées.
- 23 La Constitution de 1978 ne contient effectivement aucune disposition spécifique quant à la forme juridique ou organisationnelle que l'Administration doit adopter pour accomplir certaines fonctions, ni d'interdiction explicite d'utiliser un régime de droit privé pour certaines activités. De même, elle ne fournit pas de précisions détaillées sur ce que recouvre exactement le régime de droit administratif. Ainsi, bien qu'en 1978 ils appartenissent déjà pleinement à la tradition juridique, ces deux piliers du droit administratif espagnol que sont l'auto-tutelle – la *prerogative d'action d'office* – et la juridiction administrative ne se voient pas consacrer une disposition particulière dans la Constitution²⁸.
- 24 Pour autant, cette absence de références explicites ne signifie pas que la forme juridique de l'Administration ou son mode d'action soient totalement ignorés par la Constitution. C'est ainsi au terme d'une lecture systématique du texte qu'apparaissent les principes qui, délimitant l'action des pouvoirs publics, peuvent être autant de barrières posées au phénomène de privatisation.
- 25 Le premier d'entre eux est l'article 103, selon lequel l'Administration publique agit objectivement au service de l'intérêt général, et conformément aux principes d'efficacité, de hiérarchie, de décentralisation, de déconcentration et de coordination, avec une soumission pleine à la loi et au droit. Le même article traite de la fonction publique et des garanties d'impartialité dans l'exercice des fonctions administratives. L'article 105 évoque lui les procédures nécessaires à la production des actes administratifs, tandis que l'article 106 impose un contrôle juridictionnel intégral de l'activité administrative, en garantissant son rattachement aux fins qui la justifient. D'autre part, l'article 133.4 dispose que les administrations publiques ne peuvent contracter des obligations financières ou effectuer des dépenses que conformément aux lois. Ce corpus est

complété par l'article 9.3 qui garantit lui l'interdiction de l'arbitraire pour les pouvoirs publics.

- 26 De ce qui précède découle une idée fondamentale : la Constitution espagnole ne se prononce pas sur la forme juridique à adopter pour l'action publique, mais elle impose une série de principes incontournables qui régissent cette action et définissent le statut juridique de l'administration. Ces principes visent à garantir la légalité, l'objectivité – et l'impartialité –, l'égalité et le service permanent de l'intérêt général, qui constitue la raison d'être de l'Administration. Dès lors, toute forme organisationnelle ou tout régime juridique qui ne respecte pas ces principes viendrait dénaturer ce modèle constitutionnel de l'Administration publique.
- 27 Or, il nous semble justement que les formes organisationnelles de droit privé et le régime juridique qu'elles charrient avec elles ne sont pas totalement adéquats pour garantir ces principes constitutionnels. En effet, comme le précise l'article 1255 du Code civil espagnol, le droit privé repose sur l'autonomie de la volonté des parties, tandis que les administrations, de nature fiduciaire et servante, ne peuvent disposer d'une telle autonomie puisqu'elles sont soumises aux intérêts généraux définis par la loi. Leur marge de liberté – appelée discrétion – ne peut en aucun cas conduire à l'arbitraire. Partant de ce constat, il est difficile de considérer le droit privé comme un instrument adéquat pour garantir ces principes, quelle que soit son efficacité apparente. Cette nature fiduciaire singularise également la position de l'Administration dans les relations économiques : elle ne gère pas les fonds publics comme un entrepreneur, mais elle les administre selon les critères d'efficacité et d'économie conformément d'ailleurs à l'article 31.2 de la Constitution.
- 28 Lorsque l'administration recourt à des formules de droit privé pour l'exercice de certaines fonctions, les règles qui s'appliquent – par exemple, en matière de budget, de comptabilité, de Trésor public²⁹ ou de contrôle financier – sont beaucoup plus souples ou moins strictes que celles imposées aux administrations *stricto sensu*. À titre d'exemple, la fonction d'intervention – entendue comme un contrôle préalable de légalité – ne s'applique pas à l'activité des sociétés commerciales publiques, qui sont soumises à des audits *a posteriori*, moins rigoureux. Les garanties sont donc moindres³⁰.

- 29 Dans de nombreux cas de figure, la garantie des principes constitutionnels relatifs à l'administration publique exige donc le recours à des structures organisationnelles spécifiques. C'est l'idée que la Constitution a retenue, par exemple, dans le domaine de la fonction publique, comme l'a bien exprimé Montoro Chiner³¹. Selon l'auteure, dans un État de droit, le personnel des administrations publiques est plus qu'un simple appareil technique par lequel celles-ci concrétisent et mettent en œuvre les lois³². L'existence d'un personnel fonctionnaire est nécessaire à l'objectivité de l'Administration, à la sauvegarde de l'intérêt général et à la réalisation des finalités de l'État³³. Pour reprendre ses propres termes : « La justification de l'existence des sujets réside dans la fonction qu'ils remplissent, et non l'inverse³⁴. »
- 30 Le *Tribunal constitucional* s'est prononcé sur cette question en des termes qui sont, certes prudents, mais suffisamment éclairants. Dans le troisième considérant de sa décision STC 99/1987 du 11 juin 1987, il affirme que la Constitution opte pour un régime statutaire, de manière générale, pour les agents publics. Ainsi, dans le domaine de l'emploi public, le recours au droit privé doit rester l'exception, et le régime statutaire, la règle – même si, en pratique, ce n'est sans doute pas toujours le cas. Cela conduit à affirmer que le recours à des personnes morales de droit privé – dotées uniquement d'un personnel contractuel – doit être exceptionnel, conformément à la conception de l'administration publique imposée par la Constitution. Certains auteurs espagnols ont aussi soutenu l'idée d'une réserve constitutionnelle du droit administratif et de sa juridiction propre pour l'Administration publique fondée sur les principes constitutionnels précités. Tel est le cas, par exemple, de Del Saz³⁵ qui considère que « le droit administratif et sa juridiction propre, la juridiction contentieuse-administrative, deviennent les garants uniques et indispensables des droits et intérêts légitimes des particuliers et de l'intérêt général³⁶ ». Ainsi, sans aller jusqu'à nier toute intervention du droit privé dans certains secteurs de l'activité administrative, on peut au moins considérer que ce régime juridique doit rester exceptionnel sous peine de dénaturer le modèle constitutionnel de l'administration publique.
- 31 Ces considérations rejoignent une idée exprimée par la doctrine espagnole et qui, à notre sens, permet d'aborder correctement la

question d'un point de vue théorique³⁷. Au-delà de la nature des activités ou fonctions qui peuvent concrètement être externalisées ou assumées par des entités privées, c'est finalement une « garantie institutionnelle » de l'administration publique face au législateur que la Constitution reconnaît. Suivant la conception schmittienne développée à partir de la Constitution de Weimar, cette « garantie institutionnelle » préserve le contenu essentiel de certaines institutions, comme l'administration publique, reconnues par le texte constitutionnel. Ainsi, une législation qui viderait cette institution de sa substance – de ses missions – au point de la rendre méconnaissable, serait tout simplement inconstitutionnelle. En ce sens, selon Montoro Chiner, « la garantie institutionnelle comme mécanisme de protection opère face à d'hypothétiques ingérences législatives qui toucheraient au noyau définitoire de l'essence de l'institution³⁸ ». C'est pourquoi, selon l'auteure – dont le propos demeure centré sur la question de la fonction publique –, bien que l'usage de techniques ou d'instruments de droit privé soit admissible, il n'est pas concevable de remplacer les éléments garantissant l'institution par d'autres relevant du droit privé.

32 Il nous semble que de telles réflexions peuvent être extrapolées et étendues à d'autres aspects de l'administration publique. L'externalisation ou la délégation de certaines fonctions à des entités du secteur privé ne peut aller jusqu'à anéantir le sens même de l'institution ni les garanties d'action qui lui sont inhérentes. Quelles que soient les missions qui, à chaque époque et dans chaque lieu, peuvent être confiées à l'Administration – et qui ne sauraient être figées une fois pour toutes³⁹ –, il est certain ainsi que, pour la Constitution espagnole, l'Administration est un sujet de droit nécessaire mais aussi singulier dans la mesure où il se distingue de tous les autres sujets juridiques tant par sa nature que par les objectifs qu'il poursuit et les moyens qu'il mobilise pour y parvenir. Diluer cette identité au point de la rendre interchangeable avec n'importe quel autre sujet de droit privé, c'est en nier la valeur institutionnelle. Il convient donc, pour reprendre la métaphore de l'introduction, de préserver le cœur de l'artichaut.

33 Il reste encore à déterminer les feuilles qui peuvent lui être ôtées, c'est-à-dire à tracer la frontière entre les champs dans lesquels l'utilisation de techniques de droit privé serait admissible ceux devant

obligatoirement relever de l'Administration et de son propre droit. C'est une limite qui inspire d'ailleurs l'œuvre du législateur espagnol qui a décidé lui-même de poser quelques bornes. Comme vu précédemment, la législation espagnole autorise ainsi depuis 2015 les sociétés commerciales à exercer des pouvoirs administratifs, mais pas les fonctions impliquant l'exercice de l'autorité⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, l'article 17 de la loi sur les contrats du secteur public⁴¹ dispose que l'objet desdits contrats ne peut porter sur les services impliquant l'exercice de l'autorité inhérente aux pouvoirs publics. Il semble donc bien exister des limites voulues comme infranchissables, même si, en pratique, les hypothèses dans lesquelles des entités privées exercent des fonctions considérées comme des prérogatives d'autorité sont finalement loin d'être rares⁴² et que les contours du noyau dur de l'artichaut demeurent encore évanescents. Sans prétendre apporter ici une réponse définitive et clore un débat qui anime toujours les discussions doctrinales, il est néanmoins possible de le nourrir en s'arrêtant sur la doctrine que les juridictions espagnoles – et plus précisément le *Tribunal supremo* – ont établie concernant les fonctions pouvant être confiées à des personnes morales de droit privé.

2.2. Les limites insuffisantes offertes par la jurisprudence du Tribunal Supremo sur l'exercice de fonctions publiques par des entités privées

- 34 C'est au travers de la question de l'exercice de fonctions publiques par des entreprises privées que le *Tribunal Supremo* fut confronté au phénomène de privatisation, livrant alors une jurisprudence dont il est possible, en dépit de son manque d'homogénéité, de tirer quelques lignes de force qui permettent de baliser le chemin qu'une telle délégation doit emprunter pour éviter de tomber du côté de l'inconstitutionnalité. Pour les esquisser, et en montrer les limites, nous nous concentrerons uniquement sur les décisions qui, si elles ne sont sans doute pas les plus récentes, demeurent tout de même les plus éclairantes pour comprendre sa position sur cette question. Du

reste, ce sont ces décisions qui furent au cœur des discussions du séminaire précédemment évoqué.

- 35 La première décision qui mérite de retenir l'attention est l'arrêt 1160/2020 en date du 14 septembre. L'affaire concernait alors une sanction infligée par le président de la Confédération hydrographique du Guadiana pour infraction au domaine public hydraulique. Plus précisément, un puits avait été creusé et des instruments installés pour l'extraction d'eaux souterraines publiques, sans concession administrative préalable. Ce qui est ici intéressant, c'est le fait que la société en question, la société publique *Tragsa*, s'était vue confier le traitement de la procédure administrative, notamment l'élaboration de dossiers, de rapports, l'évaluation des observations du mis en cause, la rédaction d'un projet de décision et, de manière générale, l'impulsion de la procédure.
- 36 Le Tribunal s'interrogea donc sur la possibilité de confier, de manière générale et permanente, la gestion de procédures administratives à du personnel non-fonctionnaire, extérieur à l'administration publique et estima qu'il n'y avait pour lui pas de problème à ce que les administrations fissent appel à du personnel extérieur dès lors qu'il s'agissait d'acquérir des biens ou de réaliser des travaux ou services, ni à ce que du personnel soumis au droit privé apporte une aide ponctuelle pour l'exécution d'une décision administrative ou l'élaboration d'un rapport technique complexe. En revanche, le problème résidait pour lui dans le fait que cette intervention ait lieu tout au long de la procédure, depuis la plainte jusqu'à la décision, et avec une telle intensité. C'est pourquoi il considéra qu'« il ne s'agit pas pour l'administration d'externaliser un service, mais de s'externaliser elle-même, pourrait-on dire ; elle cesse d'être une administration si elle ne réalise plus ce qui est fondamental pour émettre des actes administratifs, à savoir la procédure légalement établie, laquelle constitue, ne l'oublions pas, une exigence constitutionnelle ». Plus précisément, « il ne s'agit pas simplement d'un cas de fuite du droit administratif dans sa manifestation la plus pure et la plus authentique [...], mais bien d'une privatisation déguisée d'un service réservé au secteur public, considéré comme l'une des conquêtes fondamentales du droit administratif propre à l'État de droit ». Il conclut finalement qu'« en règle générale, les procédures administratives de nature répressive initiées par les administrations

publiques doivent être traitées par le personnel de ces mêmes administrations. Il n'est pas admissible que, de manière générale, permanente et continue, des fonctions d'assistance matérielle ou d'appui technique soient confiées à des entités publiques à caractère entrepreneurial, sans préjudice de pouvoir, à titre exceptionnel et en cas de carence des moyens nécessaires, recourir à leur aide, en tant que moyens propres de l'administration ».

- 37 Dans une autre série de décisions, le *Tribunal* a davantage précisé dans quels cas l'Administration peut recourir à la collaboration de sujets de droit privé pour l'exercice de fonctions administratives.
- 38 Tel fut le cas, par exemple, dans l'arrêt 236/2024 du 12 février 2024 qui concernait l'intervention de l'entreprise INECO dans le traitement d'un grand nombre de demandes d'indemnisation. Cette collaboration s'expliquait par la nécessité de répondre à une situation extraordinaire – la réception de plus de 15 000 demandes –, et ce, afin de respecter le délai de six mois prévu pour statuer. Pour la juridiction, le cas différait du précédent car, d'une part, il ne s'agissait pas d'une procédure sanctionnatrice et, d'autre part, il ne s'agissait pas non plus d'une collaboration générale et permanente, mais bien d'un appui ponctuel. Elle admit donc l'intervention de la société et argumenta que : « Dans certaines circonstances extraordinaires, une administration qui ne dispose pas des moyens matériels ou techniques appropriés pour exercer les compétences qui lui sont confiées peut, pour des raisons d'efficacité, recourir à la collaboration d'autres entités, notamment une société publique ayant le statut de moyen propre de l'administration. Cette collaboration peut concerner non seulement des tâches techniques ou matérielles spécifiques, mais également l'assistance dans la gestion et le traitement de procédures⁴³. » Toutefois, la juridiction ajouta une condition : l'organe administratif doit conserver « le contrôle et la décision finale mettant fin à la procédure ».
- 39 En revanche, dans un arrêt 197/2023 du 16 février 2023, le *Tribunal* exclut la possibilité de confier à des entités privées l'évaluation des mérites des candidats dans un processus de sélection. Selon elle : « le jury de sélection peut s'appuyer sur des membres spécialisés [...] lesquels peuvent sans aucun doute lui proposer une évaluation des mérites, mais cette assistance ne dispense pas le jury de devoir en

prendre connaissance dans leur intégralité avant de statuer, et non pas seulement à travers un “tableau résumé anonyme” de la phase d’évaluation, car c’est à lui que revient, selon les bases, la décision ». Dans cette affaire, le jury n’avait pas eu connaissance des mérites de 199 candidats et s’était contenté de ratifier les résultats qui lui avaient été présentés. Pour le *Tribunal*, « accepter que le jury puisse déléguer sa fonction essentielle à une entité extérieure revient à admettre qu’il peut renoncer à sa raison d’être ».

- 40 Cette même position fut maintenue dans l’arrêt 2024/2024 du 19 décembre 2024. Dans ce dernier cas, la juridiction refusa que l’Administration – ici, une mairie – puisse confier à une entreprise privée l’élaboration complète d’un projet de tableau des emplois sans l’intervention des responsables administratifs municipaux. Elle considéra qu’il n’existait alors ni circonstances exceptionnelles, ni carence de moyens techniques propres empêchant la participation active de la mairie.
- 41 Voilà brossé à grands traits, ce que constitue la position du *Tribunal Supremo* au sujet de l’exercice de fonctions publiques par des entités privées. La première idée à retenir est que cette collaboration privée est admise non seulement pour l’exécution de tâches matérielles, mais aussi pour la gestion de procédures administratives. À partir de là, deux conditions fondamentales sont exigées. Premièrement, l’administration ne doit pas disposer des moyens matériels ou techniques nécessaires pour exécuter elle-même la fonction. Deuxièmement, l’administration doit toujours conserver le contrôle et le noyau dur de la décision.
- 42 Indépendamment des critiques qu’une telle doctrine peut susciter, il est possible, en remontant le raisonnement suivi par le *Tribunal*, de déboucher sur le constat suivant : c’est la complexité de la matière ou l’absence de moyens techniques adéquats qui constitue le fondement – du moins en partie – du recours à des entités privées pour certaines fonctions. En outre, c’est effectivement la raison pour laquelle ce type de solutions est fréquemment utilisé, les structures administratives classiques n’étant souvent pas adaptées à la gestion de secteurs où la technicité dépasse les compétences du personnel administratif. Le contrôle technique des véhicules, le domaine de la qualité industrielle, voire l’urbanisme ou l’environnement, sont de

bons exemples de cette réalité. La question est alors de savoir comment l'administration peut conserver un minimum de pouvoir de contrôle sur les affaires traitées par des entités privées alors qu'elle fait justement appel à leur assistance en raison de son incapacité technique. Ce faisant, la première condition semble contredire la seconde.

- 43 Il serait donc intéressant de voir, dans la pratique, dans combien de cas l'Administration a suivi l'avis de l'entité privée et dans combien de cas elle s'en est écartée. Dans l'affaire jugée dans l'arrêt 236/2024, le contrôle exercé par l'administration consistait, selon la juridiction de première instance, en un échantillonnage aléatoire de décisions – dont le volume reste inconnu – parmi chaque série de 500 résolutions transmises par la société publique aux fonctionnaires de la Direction générale des Transports. Cela n'empêcha toutefois pas le *Tribunal* d'affirmer que ce contrôle avait été réellement effectif, sans même prendre la peine de justifier ses dires.

3. Conclusion

- 44 Les développements précédents ont ainsi tenté de rendre compte d'un phénomène observable en Espagne : la privatisation. L'ampleur de ce phénomène permet de retenir deux approches qui sont essentielles pour l'analyser juridiquement : la privatisation stricto sensu, entendue comme le transfert de capitaux du secteur public vers le secteur privé, et la privatisation lato sensu, catégorie qui englobe, elle, les hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics recourent à diverses formules pour confier certaines fonctions à des entités soumises au droit privé.
- 45 Dans tous les cas, le phénomène procède du même mouvement, à savoir l'expansion progressive du champ d'action des acteurs privés et l'affaiblissement corrélatif des fonctions exercées par les pouvoirs publics. L'une des raisons sous-jacentes à cette évolution réside dans la complexité croissante de la société contemporaine, où de plus en plus de secteurs se caractérisent par une forte technicité. Cette réalité met en lumière, dans de nombreux cas, les limites des structures administratives traditionnelles face à de telles situations. Si le recours à de tels procédés est fréquemment présenté comme un moyen d'accroître l'efficacité de l'action administrative, d'autres

motifs moins avouables peuvent parfois prévaloir, tels que la recherche des avantages qui peuvent offrir la plus souplesse des contrôles juridiques et financiers pesant sur ces entités privées.

- 46 Cela nous a donc conduits à nous interroger sur les éventuelles limites juridiques applicables à ce type de techniques. À cette fin, nous avons examiné les restrictions pouvant découler de la norme constitutionnelle et, en particulier, des principes régissant l'Administration. Nous avons alors insisté sur l'importance d'aborder la question à travers le prisme du concept de garantie institutionnelle de l'Administration. Enfin, l'analyse s'est conclue par l'étude de la jurisprudence du *Tribunal Supremo* relative aux conditions qui sont exigées pour que des personnes morales de droit privé puissent participer à l'exercice de fonctions administratives.

NOTES

- 1 Pour une vision d'ensemble, voir L. MARTÍN REBOLLO, *Manual de Derecho Administrativo y guía par el estudio de las Leyes Administrativas*, Madrid, Aranzadi la Ley, 9^e édition, 2025, p. 1511-1514.
- 2 Glossaire financier de la CNMV : < <https://www.cnmv.es/Portal/Inverso/r/Glosario?id=0&letra=P&idlng=1> >, consulté le 20/11/2025.
- 3 Cette opération a eu lieu par le biais du décret-loi du 13 avril 1945, qui a ensuite donné lieu à la loi du 14 mai 1945. Cf. A. TORRES LÓPEZ, « La téléphonie fixe : évolution et situation actuelle », in T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.), *Droit de la régulation économique*, vol. IV, Iustel, 2010, p. 532.
- 4 Disposition additionnelle première de la loi 43/2010 du 30 décembre, relative au service postal universel, aux droits des usagers et au marché postal, qui transpose la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux communautaires.
- 5 Sur la formule de la concession dans le domaine local : F. SOSA WAGNER, *La gestión de servicios públicos locales*, Madrid, Civitas, 7^e éd., 2008.
- 6 G. FERNÁNDEZ FARRERES, « L'Administration publique et les règles de l'externalisation », *Justicia Administrativa*, n° 33, 2006, p. 9.

7 *Ibid.*, p. 9-10.

8 L. MARTÍN REBOLLO, « Sur la nouvelle conception du service public en Europe et ses possibles implications futures », in D. CIENFUEGOS SALGADO et L.-G. RODRÍGUEZ LOZANO (coord.), *Actualité des services publics en Ibéro-Amérique*, Mexico, Université nationale autonome du Mexique, 2008, p. 365.

9 Ces différentes perspectives sont prises en compte dans l'analyse du phénomène de la privatisation par des auteurs tels que : R. MARTÍN MATEO, *Libéralisation de l'économie. Plus d'État, moins d'Administration*, Madrid, Trivium, 1988, p. 40-52 ; S. DEL SAZ CORDERO, « Développement et crise du droit administratif. Sa réserve constitutionnelle », in C. CHINCHILLA, B. LOZANO et S. DEL SAZ, *Nouvelles perspectives du droit administratif : trois études*, Madrid, UNED, 1992, p. 153-154 ; S. MARTÍN-RETORTILLO, « Réflexions sur les privatisations », in *Revue d'Administration Publique*, n° 144, 1997, p. 8.

10 *Ibid.*, p. 12-14.

11 D. CANALS I AMETLLER, *L'exercice par des particuliers de fonctions d'autorité. Contrôle, inspection et certification*, Grenade, Comares, 2003, p. 93.

12 *Ibid.*, p. 93.

13 J. CANTERO MARTÍNEZ, « Retour sur l'exercice de prérogatives de puissance publique et leur exercice par des particuliers. Nouveaux défis pour le droit administratif », dans *Revue espagnole de droit administratif*, n° 151, 2011, p. 631.

14 *Ibid.*, p. 632.

15 *Ibid.*, p. 633.

16 J. BERMEJO VERA, « L'Administration d'inspection », dans *Revue d'Administration Publique*, n° 147, 1998, p. 42 ; F. SÁINZ MORENO, « L'inspection éducative », dans *Revue espagnole de droit administratif*, n° 109, 2001, p. 15 sq. ; D. CANALS I AMETLLER, *L'exercice...*, op. cit., p. 226-227 ; J. CANTERO MARTÍNEZ, « Retour sur... », op. cit., p. 638.

17 S. MARTÍN-RETORTILLO, « Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo », *Revista de Administración Pública*, n° 140, 1996, p. 25-67.

18 L. MARTÍN REBOLLO, « La nouvelle loi de Procédure Administrative Commune », *Revue espagnole de droit administratif*, n° 174, 2015, p. 15-22 ; G. FERNÁNDEZ FARRERES, « Les nouvelles lois sur le régime juridique du secteur public et sur la procédure administrative commune : entre cosmétique et

confusion », *Asamblea : revue parlementaire de l'Assemblée de Madrid*, n° 34, 2016, p. 57-75.

19 Cf. F. SAINZ MORENO, « Exercice privé de fonctions publiques », *Revue d'Administration Publique*, n° s. 100-102, 1983, p. 1778-1779.

20 J. CANTERO MARTÍNEZ, « A vueltas... », *op. cit.*, p. 637.

21 Décret législatif royal 5/2015 du 30 octobre 2015 portant approbation du texte refondu de la loi sur le statut de base de la fonction publique.

22 Voir le résumé qui en fut fait par G. FERNÁNDEZ FARRERES : « Relatoría: el seminario organizado por la Revista de Administración Pública y la Sala tercera del Tribunal Supremo sobre sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del Derecho administrativo », *Revista de Administración pública*, n° 226, 2025, p. 69-90.

23 Tel était précisément l'intitulé du séminaire : « Las sociedades mercantiles públicas, los convenios administrativos y otras zonas oscuras del Derecho Administrativo. »

24 Selon les mots de M. FUERTES : « [...] Pour ma part, je tends à éviter les absurdités, les incohérences et les dérives. En d'autres termes, il convient de ne pas attribuer de prérogatives administratives aux sociétés commerciales publiques. Les décisions gouvernementales visant à répondre à une situation spécifique, tout en négligeant la cohérence du système juridique et la nature des institutions, engendrent inévitablement davantage de conflits et d'illogismes. Les solutions de fortune destinées à altérer l'essence d'une personne morale de droit privé suscitent plus de difficultés qu'elles n'apportent de réponses. » (M. FUERTES, « Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas. Claroscuros, sombras y negruras », *Revista de Administración Pública*, n° 226, 2025, p. 33-60.)

25 C'est-à-dire de soutien ou d'incitation de la part de la puissance publique.

26 *Ibid.*, p. 22.

27 *Ibid.*, p. 23.

28 En ce sens, l'existence de la juridiction contentieuse-administrative ne se déduit que de la référence faite par l'article 153 au contrôle juridictionnel des Communautés autonomes, sans faire l'objet d'une reconnaissance générale.

29 J. PASCUAL GARCÍA, « La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector

público », dans *Presupuesto y Gasto público*, n° 60, 2010, p. 114-118.

30 Dans le même sens, C. CHINCHILLA MARTÍN, « El Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo », *Revista de Administración Pública*, n° 200, 2016, p. 363-364.

31 Dans le même sens, C. CHINCHILLA MARTÍN, « Le droit de l'Union européenne comme frein à la fuite du droit administratif », *Revue d'Administration Publique*, n° 200, 2016, p. 363-364.

32 *Ibid.*, p. 179.

33 *Ibid.*, p. 185.

34 *Ibid.*, p. 188.

35 S. DEL SAZ CORDERO, « Desarrollo y crisis... », *op. cit.* ; et aussi « La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas », *Revista de Administración Pública*, n° 133, 1994, p. 57-98.

36 S. DEL SAZ CORDERO, « Desarrollo... », *op. cit.*, p. 176.

37 *Ibid.*, p. 178. Également : M.-J. MONTORO CHINER, « Para la reforma... », *op. cit.*, p. 180-184.

38 *Ibid.*, p. 181.

39 On peut rejoindre également sur ce point l'idée exprimée par Montoro Chiner : « Para la reforma... », *op. cit.*, p. 181.

40 Article 113 de la loi 40/2015 du 1^{er} octobre 2015.

41 Loi 9/2017 du 8 novembre 2017.

42 Cf. *supra*.

43 La même jurisprudence a été maintenue dans l'arrêt du Tribunal suprême 995/2024 du 5 juin et dans l'arrêt 1003/2024 du 6 juin.

RÉSUMÉS

Français

Ce travail vise à analyser, sous l'angle juridique, le phénomène de la privatisation en Espagne et ses limites. Pour ce faire, il propose, dans un premier temps, une distinction conceptuelle entre la privatisation *stricto sensu* et la privatisation *lato sensu*, afin de rendre compte des manifestations d'un phénomène qui a pris de l'ampleur ces dernières années : l'expansion progressive du champ d'action des entités privées dans des secteurs ou à des activités qui étaient traditionnellement réservés aux

pouvoirs publics. Dans un second temps, l'article s'interroge sur les éventuelles limites juridiques applicables à ce type de pratiques, à la lumière de la Constitution et des récents développements de la jurisprudence du *Tribunal Supremo* sur la question.

English

This work aims to analyse, from a legal perspective, the phenomenon of privatization in Spain and its limits. To this end, it first proposes a conceptual distinction between privatization *stricto sensu* and privatisation *lato sensu*, to account for the scope of a phenomenon that has gained momentum in recent years: the gradual expansion of the role of private entities in sectors or activities that were traditionally undertaken by public authorities. Subsequently, the article examines the potential legal limits applicable to such practices, considering the Constitution and through an analysis of recent case law from the *Tribunal Supremo* on the matter.

INDEX

Mots-clés

privatisations, limites, droit espagnol, droit comparé, constitution

Keywords

privatizations, limits, spanish law, comparative law, constitution

AUTEUR

Nuria Ruiz Palazuelos

Professeure de droit administratif à l'Université de Cantabrie. Docteure en droit de cette même université depuis 2011, avec une thèse doctorale intitulée *Régulation économique et État de droit*, qui lui a valu le Prix Extraordinaire de Doctorat de cette Université ainsi que le second prix du concours de thèses doctorales décerné par l'Institut National d'Administration Publique. Spécialisée dans le domaine du droit public économique et du droit de la régulation économique, ainsi que dans le droit de la culture et le contrôle juridictionnel de l'administration publique, elle est l'auteure de plusieurs monographies telles que *Régulation économique et État de droit* (éd. Tirant lo Blanch, 2019) et *Le contrôle juridictionnel des organismes de régulation* (éd. Thomson Reuters Aranzadi, 2019), ainsi que de divers articles scientifiques. Elle a également mené des recherches en droit comparé, notamment à partir du droit français, au cours de plusieurs séjours de recherche à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po Paris.

Privatiser à contre-courant : le « Sonderweg » allemand en matière de privatisations

Madeleine Lasserre

DOI : 10.35562/droit-public-compare.845

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

Introduction

1. La privatisation dans le système fédéral allemand à niveaux multiples

1.1 L'autonomie communale

1.2. La privatisation au niveau fédéral

2. L'héritage de la guerre

2.1. La tradition de l'intervention étatique

au « service public » : Les fondements constitutionnels

2.2. Absence de dynamique de privatisation dans les années

1980

2.3. Accroissement des privatisations dans les années

1990 : La réunification allemande

2.4. Nationalisation lors des crises du

XXI

^e siècle

Conclusion : L'exception allemande

TEXTE

Introduction

- 1 La privatisation a, dans le passé, été conçue comme une « formule magique » pour augmenter la croissance économique d'un pays ou d'une région¹. Pourtant, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Allemagne semble suivre une voie particulière en matière de privatisation des entreprises publiques. Cela concerne d'abord les

vagues de privatisation des années 1970 et 1980 dans plusieurs grandes économies européennes comme le Royaume-Uni ou la France². Ces vagues ont également touché l'Allemagne, mais de manière beaucoup moins prononcée. D'ailleurs, face aux crises du ^{xxi}^e siècle, l'Allemagne a davantage opté pour des nationalisations (*Verstaatlichungen*), alors que dans d'autres pays européens, la tendance à la privatisation s'est poursuivie. Mais pourquoi l'Allemagne n'a-t-elle pas suivi la direction d'autres pays européens allant vers une privatisation intégrale des entreprises d'État ? Cette question se pose d'autant plus si on prend en compte le fait que la privatisation n'est guère réglementée par la Constitution allemande, tandis que le cas inverse, à savoir une nationalisation, est soumis à de nombreuses réserves constitutionnelles selon les articles 14 et 15 de la Loi fondamentale³. Cette interrogation renvoie à la question plus générale de savoir comment l'État réagit aux crises, qu'il s'agisse de la construction d'une nouvelle République fédérale après la guerre mondiale avec un accent mis sur l'établissement d'un marché libre, ou des nombreuses crises du ^{xxi}^e siècle, de la crise financière de 2008 au Covid et à la guerre en Ukraine. Le choix prédominant de l'un des deux mécanismes (la privatisation ou la nationalisation) est révélateur d'un certain modèle économique. On peut identifier un spectre au sein d'un système politique et économique, allant de la privatisation (à l'extrémité libérale), en passant par d'autres modèles de participation étatique, jusqu'à la nationalisation complète (à l'autre extrémité), comme celles qu'on a pu observer en République Démocratique Allemande⁴. La Loi fondamentale reste neutre en matière de politique économique. Il revient donc aux différents acteurs politiques de déterminer les orientations économiques. Cet article cherchera à expliquer, à travers une analyse politique, juridique et économique, pourquoi l'Allemagne ne suit pas pleinement la dynamique européenne de privatisation.

- 2 L'Allemagne a été touchée par une vague de privatisations dans les années 80, qui coïncide avec le tournant chrétien-libéral des factions au gouvernement de Bonn en 1982, marquant le début d'une orientation économique libérale du gouvernement grâce à la participation du FDP, devenu entre-temps conservateur-libéral⁵. À l'opposé, la nationalisation constitue l'autre versant de cette logique politico-idéologique⁶. Qui dit nationalisation des entreprises

dit gestion des crises. Le fait d'étatiser une entreprise qui auparavant était gérée sur le marché privé vise à augmenter l'accès étatique aux marchandises ou aux moyens économiques d'une branche de l'industrie⁷. Pour qu'une entreprise puisse être privatisée, elle doit d'abord être étatique. Un examen de la privatisation d'entreprises d'un point de vue allemand doit donc comprendre les deux côtés de la médaille : la privatisation en tant que moyen économique libéral et l'étatisation qui évoque un modèle socialiste⁸. Une analyse de l'évolution des entreprises – reflétant un choix politique comment réagir aux crises – doit aborder les grandes crises du dernier siècle. La situation de départ de la jeune république fédérale d'Allemagne a fortement été influencée par les deux guerres mondiales. Elles n'ont pas seulement construit un fondement d'entreprises étatiques à la différence d'autres pays européens. L'orientation politico-économique de la Loi fondamentale a été régie par l'expérience du totalitarisme national-socialiste et la chute de la République de Weimar comme conséquence de la première guerre mondiale. Les deux guerres comme facteur décisif du *Sonderweg*⁹ allemand en matière de la privatisation ainsi qu'une tradition du droit communal continue à produire ces effets dans la gestion économique des crises en Allemagne, comme on a pu observer pendant la crise financière de 2008, la crise du Covid-19 ou de la guerre en Ukraine.

- 3 La notion de privatisation renvoie, dans son acception la plus large, au transfert de missions, de compétences ou de biens publics vers des acteurs privés. En droit allemand, cette opération ne se limite pas à la simple vente d'actifs de l'État : elle englobe plusieurs degrés de désengagement, allant de la privatisation formelle – lorsque la mission publique demeure, mais est exercée par une entité de droit privé contrôlée par la collectivité – à la privatisation fonctionnelle, où la tâche reste juridiquement publique, mais est exécutée par un opérateur privé. La privatisation matérielle correspond à une délégation complète de la mission au secteur privé, tandis que la privatisation patrimoniale désigne la cession d'actifs ou de participations publiques. Ces distinctions, classiques dans la doctrine allemande, reflètent la tension constante entre efficacité économique et maintien du contrôle public sur les services d'intérêt général (*Daseinsvorsorge*¹⁰).

- 4 C'est à partir de cette typologie que l'on peut comprendre la spécificité du modèle allemand de privatisation, marqué par la forte autonomie des collectivités locales et par la structure fédérale de l'État, qui implique plusieurs niveaux d'intervention publique. À la différence de la France, où l'État exerce traditionnellement une compétence centralisée en matière économique, le fédéralisme allemand confère aux Länder et aux communes une marge d'action considérable, notamment dans la gestion des services d'intérêt général. Cette configuration institutionnelle influence directement les modalités et les limites de la privatisation ou, inversement, de la nationalisation des entreprises publiques.
- 5 Pour déterminer ces limites constitutionnelles, il convient d'examiner à la fois la répartition des compétences entre la Fédération, les Länder et les communes, et les fondements juridiques et doctrinaux issus de la Loi fondamentale de 1949, qui demeurent marqués par l'expérience historique du totalitarisme et par la volonté d'assurer un équilibre entre liberté économique et contrôle public. Entre les deux extrêmes que sont la nationalisation et la privatisation, on observe ainsi un éventail de formes d'intervention de l'État – formelles, fonctionnelles, matérielles et patrimoniales – qui traduisent les multiples degrés de participation publique à l'économie.
- 6 L'article analysera, dans une première partie, le rôle du fédéralisme et des communes dans la mise en œuvre des politiques de privatisation (1). Il étudiera dans ce cadre les fondements constitutionnels et doctrinaux encadrant l'action économique de l'État fédéral, afin de comprendre la neutralité apparente mais structurante de la Loi fondamentale en matière de politique économique. Enfin, une approche historique permettra de mettre en évidence la continuité d'un *Sonderweg* allemand, caractérisé par une prudence institutionnelle et juridique à l'égard de la libéralisation économique (2).

1. La privatisation dans le système fédéral allemand à niveaux multiples

- 7 Le caractère fédéral de l'Allemagne constitue une particularité essentielle qu'il convient d'éclairer pour comprendre les trajectoires historiques à l'origine du *Sonderweg* allemand. Dès les débuts de son industrialisation, et plus encore que dans d'autres pays européens, le nombre d'entreprises d'approvisionnement relevant du droit public et liées à l'infrastructure a fortement augmenté. À partir du milieu du XIX^e siècle, l'approvisionnement en eau, en gaz et en électricité, tout comme la collecte des déchets, les transports publics, les réseaux d'assainissement ou encore les institutions sociales, était majoritairement organisé au niveau communal, sous le régime du droit public¹¹. Cette organisation a conduit à une répartition des compétences entre les communes, les Länder et la Fédération en matière d'exécution des missions de service public. Seules quelques fonctions, comme la poste ou les transports ferroviaires, ont par la suite été centralisées au niveau fédéral¹².
- 8 Il convient de distinguer quatre formes de privatisation¹³, qui mettent en évidence, d'une part, l'action de l'État-nation, et d'autre part, celle des collectivités locales ou régionales. En Allemagne, l'analyse des tendances à la nationalisation ou à la privatisation doit accorder une attention particulière au niveau communal, où se concentre une grande partie de ces dynamiques¹⁴.

1.1 L'autonomie communale

- 9 Dans la structure fédérale de l'État allemand, les Länder assument l'ensemble des compétences étatiques, conformément à l'article 30 de la Loi fondamentale, sauf disposition contraire de celle-ci. À l'intérieur des Länder, on trouve les communes, qui, selon l'article 28, paragraphe 2 de la Loi fondamentale, ont pour mission d'exécuter de manière autonome toutes les missions relevant de la communauté locale – en particulier les services d'intérêt général¹⁵. On parle alors d'autonomie communale (*kommunale Selbstverwaltung*¹⁶). La manière dont une commune exerce ses missions n'est pas strictement définie

par la Loi fondamentale¹⁷. Elle peut ainsi agir aussi bien selon le droit public que le droit privé. La structure de l'État allemand est donc construite de bas en haut : en principe, les Länder conservent la compétence générale en matière d'action publique, tandis que les communes sont responsables de la gestion autonome locale, c'est-à-dire de la mise en œuvre concrète des services d'intérêt général. Que l'on applique au sein d'un *Land* le monisme des tâches (toutes les tâches étatiques relèvent en principe des communes) ou le dualisme des tâches (distinction entre les affaires communales – services d'intérêt général – et les missions externes des Länder¹⁸), les communes constituent toujours le premier échelon de l'exécution des missions publiques. Elles bénéficient de la liberté de choisir la forme juridique (publique ou privée) de leur action¹⁹.

- 10 Au cours des dernières années, plusieurs collectivités allemandes ont inversé la tendance à la privatisation et ont procédé à une *re-communalisierung* de certains services publics. Entre 2006 et 2008, environ une centaine de communes ont repris en gestion directe des services d'élimination des déchets précédemment confiés à des opérateurs privés. Selon une étude du *Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)*, une évolution similaire a pu être observée dans trente-six grandes villes, notamment dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports urbains²⁰.
- 11 Ces retours à la gestion publique s'expliquent par plusieurs facteurs économiques et structurels. D'une part, les entreprises municipales ne sont pas tenues de générer des bénéfices : leurs tarifs visent simplement à couvrir les coûts réels du service, ce qui permet de proposer des prix plus bas. D'autre part, les opérateurs privés exigent souvent des primes de risque élevées pour compenser les fluctuations de la demande, ce qui alourdit le coût global. Les régies publiques bénéficient également d'une stabilité accrue du personnel, composé majoritairement d'employés permanents et qualifiés, ce qui se traduit par une meilleure efficacité opérationnelle. À cela s'ajoutent des avantages fiscaux : la gestion des déchets relevant de la *Daseinsvorsorge*, les entreprises communales sont en principe exonérées de TVA. Enfin, les communes qui assurent elles-mêmes leurs missions peuvent se dispenser de procédures d'appel d'offres européennes coûteuses et longues²¹.

- 12 Une tendance récente particulièrement significative concerne le secteur de l'énergie. L'adoption de la Loi sur les énergies renouvelables (*Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG*) a favorisé la décentralisation du marché énergétique et la création de structures locales de production et de distribution. Dans ce cadre, les entreprises municipales d'énergie (*Stadtwerke* ou *Municipal Energy Companies – MECs*), fortement ancrées dans leur tissu local, jouent un rôle essentiel dans la mise en œuvre de la transition énergétique et dans la promotion de technologies innovantes. Leur action illustre la manière dont la ré-étatisation peut s'inscrire non seulement dans une logique économique, mais aussi dans une stratégie de durabilité et d'autonomie locale²².
- 13 Des exemples concrets illustrent cette tendance : la ville de *Bergkamen* a été pionnière en rachetant dès 1995 son réseau électrique pour environ 50 millions d'euros et en créant, avec *Kamen* et *Bönen*, une régie commune d'énergie. D'autres collectivités ont suivi, telles que *Ludwigshafen* ou le *Kreis d'Uckermark*, qui a confié la collecte des déchets à une société publique locale, réalisant ainsi une économie annuelle d'environ deux millions d'euros sans hausse de tarifs. Dans les villes d'Aachen et de Düren, la remunicipalisation a également permis de réduire les coûts de collecte et d'abaissement des redevances de près de 20 %²³.
- 14 En raison de cette position centrale des communes dans l'organisation fédérale de l'Allemagne, il est essentiel d'accorder une attention particulière à leur rôle dans les processus de privatisation. L'action communale en matière de privatisation peut prendre plusieurs formes : la privatisation formelle, la privatisation matérielle, la privatisation fonctionnelle, ainsi que la privatisation des actifs. Cette dernière intervient principalement au niveau de l'État fédéral²⁴. Ces quatre types de privatisation peuvent être envisagés comme un spectre, allant du mode d'intervention le plus léger au plus radical. La privatisation formelle, en tant que forme la moins contraignante, permet à la puissance publique de conserver un contrôle significatif sur les décisions²⁵. Dans le cas de la privatisation fonctionnelle, l'autorité publique conserve également un certain pouvoir de contrôle, dans la mesure où la compétence demeure dans son champ de responsabilité. En revanche, la privatisation matérielle constitue la forme la plus poussée de privatisation au niveau communal, dans la

mesure où les pouvoirs publics se retirent largement de l'exécution directe des missions, cédant celle-ci à des acteurs privés²⁶.

- 15 Dans le cas d'une privatisation formelle, un organe de l'administration publique confie l'exécution d'une mission publique à une société de droit privé nouvellement créée, généralement désignée comme société en pleine propriété (*Eigengesellschaft*²⁷). Bien que la structure juridique soit privée, l'entité reste sous contrôle public, exercé par le biais du contrat de société ou des statuts. Cette forme de privatisation ne constitue donc pas un désengagement, mais une adaptation organisationnelle. Ces sociétés sont souvent perçues comme plus efficaces que leurs équivalents de droit public – tels que les entreprises relevant de l'article 26, paragraphe 2 du BHO/LHO, c'est-à-dire des entités économiques rattachées à l'administration publique, qui ne disposent pas de la personnalité juridique propre, mais sont gérées de manière autonome au sein de l'État fédéral ou d'un Land²⁸ – les entreprises communales propres ou encore les fondations de droit public²⁹. Les formes juridiques privilégiées sont généralement la SARL (*GmbH*) ou la SA (*AG*), car elles offrent une structure plus souple et réactive, ce qui en fait des outils particulièrement adaptés à l'échelle communale³⁰. Les collectivités publiques conservent l'intégralité du capital de ces sociétés, tout en bénéficiant des avantages du droit privé³¹, tels que : la souplesse de gestion, la non-soumission aux règles internes des services publics (comme la gestion budgétaire, les barèmes de rémunération ou les régimes tarifaires), et une plus grande réactivité aux exigences du marché³². En raison de ces avantages organisationnels et économiques, la privatisation formelle est largement répandue, notamment dans les secteurs de l'approvisionnement en eau, de la gestion forestière ou encore du traitement des données³³.
- 16 Dans le cadre d'une privatisation matérielle, l'exécution d'une mission publique est entièrement transférée à une entreprise privée. Dès lors, la tâche concernée n'est plus assurée selon les règles du droit public, mais selon celles du droit privé³⁴. Ce transfert implique l'application pleine et entière des règles de la concurrence dans une économie de marché. Le pouvoir de disposition sur les biens patrimoniaux liés à la mission relève alors d'un acteur privé, qui ne bénéficie d'aucun droit particulier en vertu du droit public³⁵. Il convient toutefois de nuancer cette définition : dans la plupart des cas, la collectivité

publique conserve un droit de regard, ce qui signifie qu'elle ne se retire pas totalement de la sphère d'exécution³⁶. Parmi les exemples notables, on peut citer : la vente par l'État de ses parts dans *Volkswagen* et *VIAG*, la deuxième phase de la privatisation des chemins de fer fédéraux et de la poste fédérale, marquée par la mise en bourse des actions, ainsi que la privatisation progressive de la poste fédérale à partir de l'an 2000³⁷.

- 17 La privatisation fonctionnelle occupe une position intermédiaire entre la privatisation matérielle et la privatisation formelle. Contrairement à la privatisation matérielle, l'autorité publique demeure responsable de la mission³⁸. Cependant, à la différence de la privatisation formelle, l'exécution de la tâche est entièrement confiée à une entité de droit privé. Il s'agit donc d'un modèle où la compétence reste publique, mais l'opérateur est privé – qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale³⁹. Ce type de privatisation comprend également des phases de transition, dans lesquelles les missions publiques sont maintenues juridiquement comme telles, mais sont appelées à être intégrées progressivement dans le marché libre. On observe ce phénomène dans des secteurs tels que les télécommunications, la poste ou les chemins de fer, où les fonctions demeurent d'intérêt général, tout en étant confiées à des prestataires privés dans une logique concurrentielle⁴⁰. Un exemple emblématique de privatisation fonctionnelle est la réorganisation de la poste fédérale en vertu de l'article 87 de l'ancienne version de la Loi fondamentale, ainsi que la privatisation du contrôle aérien en 1992⁴¹.

1.2. La privatisation au niveau fédéral

- 18 En revanche, la privatisation des actifs désigne le transfert de biens patrimoniaux publics – et donc de ressources financières – de l'État ou des collectivités locales vers des acteurs privés. Ce type de privatisation concerne principalement le niveau fédéral⁴². Il s'agit ici de la vente d'actifs non directement liés à l'exécution des missions de service public, tels que des biens immobiliers ou des participations dans des entreprises commerciales. Du point de vue juridique, ce type de privatisation est en général peu problématique, dans la mesure où il ne touche pas aux services d'intérêt général. Le seul principe constitutionnel applicable est celui de l'égalité devant la loi,

inscrit à l'article 3⁴³. Les recettes tirées de la privatisation des actifs sont principalement utilisées pour réduire les déficits publics ou pour stabiliser les finances publiques⁴⁴. Un exemple notable est celui de la vente, en 2009, des actions de la *Commerzbank* détenues par l'État fédéral, dans le cadre de la loi sur la stabilisation des marchés financiers, adoptée en réponse à la crise financière mondiale⁴⁵.

- 19 L'examen du modèle allemand de privatisation met en évidence un équilibre original entre autonomie locale, neutralité constitutionnelle et continuité historique. Le fédéralisme, en répartissant les compétences économiques entre la Fédération, les *Länder* et les communes, empêche toute politique uniforme et favorise des approches différenciées selon les territoires. Malgré cette structure décentralisée, on observe une tendance marquée à la re-communalisation de certains services publics, notamment dans les domaines de l'énergie, de l'eau et de la gestion des déchets. Ainsi, des villes comme *Bergkamen* ou *Ludwigshafen* ont racheté leurs réseaux énergétiques afin de renforcer le contrôle public et d'assurer une gestion durable, tandis que plusieurs villes, tel celui de *l'Uckermark*, ont repris la collecte des déchets avec des économies substantielles à la clé⁴⁶.
- 20 Loin d'une simple résistance à la libéralisation, ce *Sonderweg* allemand illustre une conception pragmatique de l'intervention publique : la privatisation y apparaît moins comme une fin idéologique que comme un outil de gouvernance au service de la stabilité, de la subsidiarité et de la *Daseinsvorsorge*.

2. L'héritage de la guerre

- 21 Si l'on compare l'évolution de la privatisation en Allemagne depuis la Seconde Guerre mondiale avec celle d'autres pays européens⁴⁷, il est frappant de constater que l'évolution allemande est tout à fait inversée par rapport à ces derniers⁴⁸. C'est une conséquence de l'économie de guerre établie pendant la guerre mondiale. Dès la Première Guerre mondiale, une autorité dotée de pouvoirs étendus, la KRA, a été mise en place, qui a dirigé l'économie de l'armement et de l'alimentation de l'Allemagne au cours de la guerre⁴⁹. Durant la Seconde Guerre mondiale, l'économie allemande comptait non seulement des entreprises privées, intégrées à l'effort de guerre sous

contrôle étatique – telles que Miele, Mercedes-Benz, Thyssen ou Rheinmetall⁵⁰ – mais également un certain nombre d'entreprises détenues directement par l'État, dont l'existence a subsisté bien au-delà de 1945. Parmi les plus significatives, figurent la Volkswagen AG, fondée en 1937, la VEBA AG, héritière de la KRA, ainsi que la Preussag AG⁵¹. Il en ressort l'image selon laquelle la construction navale, la production automobile et les entreprises énergétiques ont notamment été nationalisées durant la période de Weimar et sous le nazisme⁵². L'article 134 de la Loi fondamentale prévoit que les biens de l'ancien Reich sont, sauf disposition contraire, transférés à la Fédération, ce qui signifie qu'ils sont désormais considérés comme patrimoine fédéral (*Bundesvermögen*). Ainsi, dans la période d'après-guerre, il a été possible de recourir à un stock d'entreprises industrielles d'État important en comparaison européenne. La vague de socialisation des années 50 et 60, telle qu'elle a été enregistrée en France ou en Grande-Bretagne, n'a pas eu lieu en Allemagne⁵³, comme de grandes entreprises publiques étaient déjà présentes, notamment la Salzgitter AG et la Volkswagen AG. Dans les années 50 et 60, certaines de ces entreprises (Volkswagen, VEBA et Preussag – aujourd'hui TUI) ont même été partiellement privatisées⁵⁴. Dans l'Allemagne d'après-guerre, au cours des années 1960, le concept macroéconomique de « pilotage global » (*Globalsteuerung*) a en outre reçu une attention accrue⁵⁵. Il était considéré comme un moyen pour l'État d'influencer l'évolution économique – par exemple les investissements, les exportations ou encore la croissance globale – au moyen d'une politique budgétaire et économique ciblée⁵⁶. L'essor économique quasi ininterrompu de l'après-guerre a été interprété comme la preuve du bon fonctionnement des instruments keynésiens de régulation de l'épargne, de l'investissement et des exportations, sous pilotage étatique⁵⁷.

2.1. La tradition de l'intervention étatique au « service public » : Les fondements constitutionnels

- 22 L'intervention de l'État dans l'économie a été conçue comme un moyen d'assurer ce que l'on appelle les services d'intérêt général (*Daseinsvorsorge*⁵⁸). Dans l'intérêt général, l'État pouvait se

substituer aux opérateurs privés. Sous le national-socialisme, selon *Forsthoff*, ce bien commun était encore lié à un élément ethnique et nationaliste, dit « *völkisch* »⁵⁹. Toutefois, l'idée fondamentale perdure jusqu'à aujourd'hui et constitue le fondement de l'intervention de l'État dans l'économie. On peut en voir un exemple dans l'article 14, paragraphe 2, de la Loi fondamentale, qui énonce expressément que la propriété doit toujours servir le bien commun. Une intervention de l'État dans les entreprises privées est donc possible en vertu des articles 15 et 14, paragraphe 3, dans la mesure où elle va dans le sens de l'intérêt général. Un portefeuille d'actifs publics, par exemple sous forme de participations dans des entreprises, présente l'avantage de pouvoir être vendu en période de crise. Ainsi, une nationalisation peut poursuivre un objectif fiscal, en plus de viser le service public⁶⁰. L'Allemagne d'après-guerre se caractérisait par une « société économique pluraliste ». Aux côtés des entreprises privées, notamment dans le secteur de l'énergie, on trouvait des prestataires publics dans le domaine des services d'intérêt général, tels que l'approvisionnement en électricité et en eau, mais aussi dans les secteurs des télécommunications, de la poste et des chemins de fer⁶¹.

- 23 Il est évident que l'influence de l'État ou, à l'inverse, la tendance à la privatisation reflète l'orientation politico-économique d'un pays – un phénomène particulièrement marqué dans le cas de l'Allemagne⁶². Entre les deux pôles politiques, le spectre libéral-conservateur peut osciller entre une orientation émancipatrice et participative, ou au contraire, une posture conservatrice et autoritaire. Du côté social-démocrate, on peut envisager soit une politique sociale-libérale favorable au marché, soit une politique « pro-État » axée sur la justice sociale⁶³. En RFA, le tournant libéral-conservateur du gouvernement fédéral en 1982, ainsi que celui de la réunification allemande et l'adaptation d'un système économique socialiste à celui de l'économie sociale de marché, illustrent clairement ces dynamiques politiques⁶⁴. La Loi fondamentale allemande est considérée comme neutre sur le plan de la politique économique⁶⁵. Les articles 14 et 15 – déjà mentionnés – prévoient des possibilités d'intervention de l'État dans les droits de propriété à des fins d'intérêt général⁶⁶. Toutefois, la notion d'intérêt général n'est pas définie de manière précise. Il revient donc aux organes de l'État, au

sens de l'article 1, alinéa 3 de la Loi fondamentale – c'est-à-dire les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire – de déterminer, au cas par cas, si l'intérêt général est effectivement en cause⁶⁷. La Loi fondamentale est ainsi ouverte à une multitude de modèles d'interprétation politique. Cette ouverture est déjà inhérente à la nature du droit de propriété, dont le contenu et les limites sont définis par des lois soumises à la clause de fonction sociale selon l'article 14, alinéa 1, phrase 2 de la Loi fondamentale, et dépendent donc des majorités politiques parlementaires et gouvernementales. Cela vaut d'autant plus que la notion juridique indéterminée d'« intérêt général » et sa mise en balance avec d'autres intérêts protégés par les droits fondamentaux (comme la propriété privée, le libre développement de la personnalité ou le principe d'égalité) se prêtent particulièrement à des interprétations politiques divergentes⁶⁸. Un exemple concret de droit constitutionnel d'application est fourni par l'article 65 de la BHO (loi budgétaire fédérale). Cette disposition a été remise en œuvre pour la première fois après le tournant libéral-conservateur, et considérée comme base du paquet de privatisations adopté en 1985. Selon l'article 65, alinéa 1, point 1 de la BHO, l'État ne peut mener une activité économique que si « un intérêt important de la Fédération est en jeu et si l'objectif poursuivi par la Fédération ne peut être atteint de manière meilleure et plus économique par d'autres moyens ». Cette clause comporte donc deux éléments : d'une part, l'existence d'un intérêt fédéral majeur – autrement dit, le service concerné doit répondre à un besoin d'intérêt général (*Daseinsvorsorge*) – et, d'autre part, une clause de subsidiarité limitant l'action économique de la Fédération⁶⁹.

- 24 Il apparaît clairement que la notion fréquemment utilisée de « service d'intérêt général » (§ 65 BHO), ainsi que le concept constitutionnel sous-jacent de l'intérêt général selon l'article 14, sont ouverts à des interprétations politiques. La nature vague du concept de services d'intérêt important englobe presque toutes les activités économiques liées aux ressources qui sont pertinentes dans un État social moderne. Selon l'idée de *Forsthoff*⁷⁰, les services d'intérêt général doivent « protéger les individus contre les risques d'une société moderne capitaliste et techniquement développée, dans laquelle les

individus acquièrent certes de nouvelles libertés et possibilités, mais ne sont plus en mesure d'en gérer seuls les risques ».

- 25 Mais ce n'est pas seulement la première partie de l'article 65, alinéa 1, point 1 de la BHO, axée sur les services d'intérêt général, qui est soumise à une interprétation politique (arbitraire mais légitimée démocratiquement). La position privilégiée de l'État dans l'activité économique permet en effet de justifier aisément son intervention dans des domaines jugés importants. Là encore, l'autorégulation de l'acteur public bénéficie d'une marge d'appréciation⁷¹.

2.2. Absence de dynamique de privatisation dans les années 1980

- 26 On pourrait donc s'attendre à ce que l'Allemagne, à l'instar des autres nations industrielles européennes, connaisse dans les années 1980 une forte libéralisation, d'autant plus qu'un gouvernement libéral-conservateur était alors au pouvoir. Mais là encore, on observe une forme de *Sonderweg* allemand, dans la mesure où l'héritage étatique dans le secteur des infrastructures rendait les processus de privatisation plus complexes qu'ailleurs.
- 27 Alors que d'autres pays européens ont été touchés par une vague de libéralisation dès les années 1970, la tradition juridique des services publics d'intérêt général restait très ancrée en Allemagne. Cette tradition a même connu un regain de popularité à cette époque⁷². Pendant la période de gouvernement de la coalition sociale-libérale, entre 1969 et 1982, aucune entreprise publique n'a été cédée⁷³. Relativement tard et encouragée par le changement de gouvernement en 1982, l'Allemagne a également connu une poussée de libéralisation⁷⁴. On parlait alors d'un tournant néo-libéral, marqué par la promotion de la privatisation et de la dérégulation. Les interventions de l'État dans l'activité économique étaient jugées inefficaces⁷⁵. La libéralisation est devenue un « concept politique de combat », destiné à marquer la rupture entre la nouvelle coalition formée par le FDP et la CDU, et l'ancienne alliance entre les sociaux-démocrates et le FDP⁷⁶. Ainsi, à partir des années 1980, l'Allemagne a, du moins en théorie, pris le train de la libéralisation mené par *Ronald Reagan* et *Margaret Thatcher*⁷⁷. Cependant, les plans de cette nouvelle politique – tout comme les réformes en

matière de fiscalité, de santé ou de retraites – sont restés vagues⁷⁸. Dans une comparaison internationale, on ne peut donc pas accorder une importance particulière à l'annonce politiquement explosif de ce « tournant⁷⁹ ». Josef Schmid a ainsi qualifié la libéralisation des années 1980 de « tournant inachevé⁸⁰ ». Cet échec de la nouvelle politique économique – et donc l'écart par rapport à la tendance mondiale – s'explique en grande partie par des querelles au sein de la coalition gouvernementale. Tandis que le FDP et les forces libérales de la CDU soutenaient la privatisation des entreprises publiques, les commissions sociales de la CDU ainsi que la branche bavaroise du parti (la CSU) s'y opposaient⁸¹. La liste des entreprises à privatiser a ainsi été modifiée et raccourcie à plusieurs reprises. Finalement, le changement de cap annoncé s'est principalement limité à la vente de participations dans Salzgitter AG, VEBA, VIAG et Volkswagen, pour un produit total de seulement 9,4 milliards de DM⁸².

2.3. Accroissement des privatisations dans les années 1990 : La réunification allemande

- 28 En revanche, les années 1990 ont été marquées par une intensification du processus de privatisation, même si le produit total des ventes d'actifs publics en Allemagne est resté inférieur à celui observé dans d'autres pays européens⁸³. Après la chute du mur de Berlin, la plus grande entreprise d'État au monde à l'époque – les VEB (entreprises du peuple) de la RDA – a été transformée en une entité de transition, la *Treuhandanstalt*, placée sous l'autorité du gouvernement fédéral. L'objectif de la privatisation s'est alors élargi, dépassant le seul niveau fédéral pour concerner également les communes⁸⁴. Le changement de régime a conduit à la création d'une holding chargée de transformer les VEB en sociétés de capitaux⁸⁵. Cette politique de privatisation visait notamment à contribuer au financement du tournant politique et économique de la réunification⁸⁶. Toutefois, cet objectif a échoué de manière spectaculaire avec la dissolution de la *Treuhandanstalt* en 1994 : environ 3 700 des 8 000 entreprises créées ont été liquidées, trois millions d'emplois ont été supprimés, et les pertes se sont élevées à près de 264 milliards de DM⁸⁷. La redistribution de la propriété

publique de la RDA vers le secteur privé constitue un événement historique sans équivalent en matière de libéralisation. Grâce à des conditions d'achat très favorables (faibles obstacles réglementaires, prix bas, absence de contrôle de solvabilité), les Allemands de l'Ouest, économiquement mieux lotis, ont acquis environ 85 % des biens de la Treuhand. Seuls 5 % sont restés entre les mains de particuliers est-allemands, tandis que 10 % ont été cédés à des investisseurs internationaux⁸⁸. Les anciens biens publics ont souvent été vendus à bas prix, sans vérification rigoureuse de la capacité des acheteurs à les exploiter durablement⁸⁹.

29 La vente à bas prix des entreprises est-allemandes a renforcé la pression en faveur de la privatisation dans l'ensemble de l'Allemagne, dans un contexte où le budget fédéral était fortement sollicité par les coûts de la réunification⁹⁰. Moins spécifiquement allemande, l'intégration européenne a eu un impact sur les anciens monopoles publics dans le secteur des infrastructures, à travers l'adoption de nouvelles directives de régulation⁹¹. Bien qu'aucune privatisation ne soit imposée directement, les aides d'État à destination des prestataires de services d'infrastructure (par exemple dans le cadre d'une privatisation formelle⁹²) ont été rendues plus difficiles⁹³. Par ailleurs, les décisions de politique budgétaire ont été prises dans un contexte de consolidation des finances publiques, afin de satisfaire aux critères de Maastricht⁹⁴. Cela a contribué à stimuler la politique de privatisation, notamment dans les domaines de la poste et des télécommunications en Allemagne. Toutefois, ces projets se sont heurtés à une résistance nationale notable, notamment de la part de la *Deutsche Post*⁹⁵.

30 Une réforme de la Loi fondamentale a également été nécessaire pour permettre cette évolution, remplaçant les principes d'un État prestataire fixés à l'article 87 par des critères fondés sur l'économie de marché⁹⁶. Ainsi, les entreprises *Deutsche Post*, *Deutsche Telekom* et *Postbank* ont été transformées en sociétés par actions entre 1996 (pour la Telekom) et 2000 (pour la *Deutsche Post*⁹⁷). En raison des difficultés financières de la *Bundesbahn* depuis les années 1980, aggravées par la réunification, la privatisation du chemin de fer a progressé beaucoup plus lentement⁹⁸. Dans cette même dynamique, on peut aussi mentionner la modification du § 7 de la BHO, selon laquelle il ne s'agit plus simplement de comparer les prestations

publiques et privées, mais aussi d'évaluer concrètement les alternatives d'action⁹⁹. Cette disposition vise à faciliter l'intervention du secteur privé¹⁰⁰.

2.4. Nationalisation lors des crises du xxi^e siècle

- 31 Même si l'extension des politiques de privatisation au niveau communal a été politiquement soutenue, on observe, notamment pendant la crise financière, une grande prudence de la part des acteurs communaux et des gouvernements des Länder¹⁰¹. Les participations publiques ont été perçues comme un moyen d'intervention active dans la politique sociale en temps de crise¹⁰². Après l'éclatement de la bulle boursière en 2001 et 2002, plusieurs lois ont ralenti les efforts de privatisation. Depuis la crise financière de 2008 au plus tard, le soutien sociétal à la libéralisation des missions publiques est resté faible, comme l'indiquent les enquêtes de *Forsa* et *GlobeScan*¹⁰³.
- 32 Sur le plan politique aussi, un modèle de nationalisation a été choisi durant la crise : le gouvernement fédéral a mobilisé 480 millions d'euros pour un « fonds de stabilisation financière », géré par un organisme fédéral et organisé avec la participation de la *Bundesbank*¹⁰⁴. Ainsi, la *Commerzbank* a été soutenue par une prise de participation de 25 % plus une action, tout comme la banque *Hypo Real Estate*¹⁰⁵. De plus, l'imprimerie fédérale a été entièrement nationalisée en 2009¹⁰⁶. Par ailleurs, deux grands projets de libéralisation prévus pendant la première grande coalition sous Angela Merkel à partir de 2005 ont échoué : celui de la *Deutsche Flugsicherung* et l'introduction en Bourse de la *Deutsche Bahn*¹⁰⁷. Des réserves constitutionnelles ainsi que des négociations internes longues ont retardé la privatisation matérielle de ces entreprises. Avec la crise de 2008, ces projets ont été abandonnés face à l'incertitude des marchés financiers. Les partis de gauche se sont également opposés à la poursuite des privatisations, rejoignant une réticence générale de la population à l'égard de la vente d'actifs publics¹⁰⁸.
- 33 La crise financière a conduit à l'introduction du mécanisme de frein à l'endettement, inscrite aux articles 109 et 115 de la

Loi fondamentale¹⁰⁹. Celui-ci limite les possibilités d'endettement de l'État, ce qui pourrait en théorie favoriser les privatisations au détriment des nationalisations. Néanmoins, on observe une augmentation latente du nombre de participations fédérales : de 532 en 2004 à 575 en 2016, notamment en raison d'une faiblesse des marchés financiers¹¹⁰.

- 34 Par ailleurs, le frein à l'endettement a été suspendu à plusieurs reprises lors des récentes crises, notamment pendant la pandémie de Covid-19¹¹¹ et la crise énergétique de 2022 consécutive à l'agression russe contre l'Ukraine¹¹². Durant ces périodes, l'Allemagne a massivement investi dans des réponses publiques à la crise, sous des gouvernements aussi bien conservateurs que progressistes. Par exemple, en 2020, 9 milliards d'euros ont été alloués à Lufthansa, 550 millions à la Deutsche Bahn, 204,1 millions à Condor, ainsi que des paquets de financement pour TUI et Uniper (ce dernier pendant la crise énergétique¹¹³). Contrairement au Royaume-Uni, l'Allemagne n'a pas mené de privatisations de crise pendant la pandémie¹¹⁴. Au contraire, Gazprom Germania (devenu SEFE) a été nationalisé¹¹⁵. Cette mesure, bien qu'ancrée dans une logique de sécurité nationale, illustre que la nationalisation peut être jugée souhaitable en temps de crise pour des raisons économiques et stratégiques, notamment dans les secteurs où existe une forte dépendance vis-à-vis d'États tiers.
- 35 L'histoire économique allemande, marquée par une forte intervention de l'État depuis les guerres mondiales, explique la persistance d'un secteur public solide et la prudence vis-à-vis des privatisations. Héritière d'un important patrimoine industriel public et d'une conception sociale de la propriété fondée sur le bien commun, l'Allemagne a connu une libéralisation tardive et incomplète. Des crises récentes, de 2008 à la pandémie de 2020, ont confirmé ce *Sonderweg* : la nationalisation y demeure un instrument de stabilité et de protection économique plutôt qu'une exception.

Conclusion : L'exception allemande

- 36 Il se dégage ainsi un tableau dans lequel l'Allemagne suit une voie particulière, distincte de celle de la France, du Royaume-Uni ou de

l'Autriche. Les privatisations – malgré l'introduction du frein à l'endettement – restent rares, en particulier comme réponse aux crises. L'Allemagne s'appuie, conformément à l'article 134 de la Loi fondamentale, sur un stock d'entreprises publiques issu d'une tradition communale d'organisation publique des infrastructures, renforcée par les conséquences de la guerre. Le fédéralisme allemand, avec le rôle actif des communes dans la gestion des services publics, constitue également un frein structurel à une libéralisation systématique. Bien que la Loi fondamentale soit neutre sur le plan économique et autorise en théorie une libéralisation large, la pratique montre que les acteurs politiques, économiques et l'opinion publique font preuve d'une réserve traditionnelle à l'égard de la privatisation des services d'intérêt général. La vague de privatisations observée après la réunification allemande reste une exception historique. Ainsi, la Loi fondamentale, bien que neutre sur le plan économique, permet une pluralité d'interprétations, ce qui renforce le poids des traditions politiques et juridiques nationales propres à l'Allemagne.

NOTES

- 1 N. FREI, « Vorwort », in N. FREI et al. (dir.), *Privatisierung: Idee und Praxis seit den 1970er Jahren*, Göttingen, Wallstein, 2012, p. 8.
- 2 D. SACK, « Geschichte der Privatisierung in Deutschland und Europa », in D. SACK (dir.), *Vom Staat zum Markt*, Wiesbaden, Springer VS, 2019, p. 147.
- 3 A. FARAHAT, « Eigentum verpflichtet: die Sozialbindung des Eigentums am Beispiel des Berliner Mietendeckels », *JuristenZeitung* 12, 2020, p. 606 ; A. VON BRÜNNECK, *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 1984, p. 398.
- 4 Cf. D. SACK, *op. cit.*, p. 130 ; U. VON ALEMANN, P. ERBENTRAUT, J. WALTHER, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2018, p. 145-147.
- 5 Cf. D. WEBBER, « Das Reformpaket: Anspruch und Wirklichkeit der christlich-liberalen „Wende“ », in W. SÜSS (dir.), *Die Bundesrepublik in den achtziger Jahren*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1991, p. 153-154 ; M. VOGT, « Deutschland von der Bonner „Wende“ zu den Problemen der Einheit (1982-1996) », in M. VOGT (dir.), *Deutsche Geschichte*,

Stuttgart, J. B. Metzler, 1997, p. 888 ; en 1982, le ministère fédéral des finances a élaboré, pour la première fois depuis l'après-guerre, un concept global pour la politique de privatisation et de participation de l'État fédéral, cf. : Bundesregierung, « Bilanz der privatisierungspolitik des bundes 1983 bis 1990 - bericht des bundesfinanzministers an das bundeskabinett, Bulletin 110-90 », 1990.

6 Cf. N. FREI, *op. cit.*, p. 8.

7 C. WALDHOFF, « § 8 Systematik des Staatseigentums », in O. DEPENHEUER *et al.* (dir.), *Staatseigentum: Legitimation und Grenzen*, Berlin/Heidelberg, Springer VS, 2017, p. 82.

8 N. FREI, *op. cit.*, p. 7 ; E. GRANDE et B. EBERLEIN, « Der Aufstieg des Regulierungsstaates im Infrastrukturbereich: Zur Transformation der politischen Ökonomie der Bundesrepublik Deutschland », in R. CZADA *et al.* (dir.), *Von der Bonner zur Berliner Republik*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag GmbH, 2000, p. 631.

9 Le *Sonderweg* désigne l'idée selon laquelle l'histoire allemande se serait déroulée selon une trajectoire particulière ou singulière, différente de celle des autres nations occidentales. Cette notion postule une déviation du modèle de développement politique, social et institutionnel occidental (par exemple britannique ou français) : retard de la révolution bourgeoise, primat de l'État dans la modernisation, domination de l'élite bureaucratique-militaire, faible rôle de la société civile et des institutions parlementaires, cf. [En ligne] < <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/archiv/532012/deutscher-sonderweg-zur-geschichte-und-problematik-einer-zentralen-kategorie-des-deutschen-geschichtlichen-bewusstseins/> >, consulté le 25/11/2025.

10 S. LASKOWSKI, « Privatisierung der Wasserversorgung », *Kritische Justiz* 44, 2011, p. 189 ; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, « Rechtliche Zulässigkeit der Privatisierung: Ausarbeitung », WD 3, 2006, p. 4.

11 H.-J. BIELING, « Liberalisierung und Privatisierung in Deutschland: Versuch einer Zwischenbilanz », *WSI Mitteilungen*, 2008, p. 541 ; G. AMBROSIUS, « Wettbewerbliche Reformen versus monopolistische Traditionen. Die Herausbildung eines europäischen Ordnungsmodells für netzgebundene Dienstleistungen und der Wandel deutscher Infrastrukturunternehmen », *ZöglU* 34, 2011, p. 219 ; plus en détail : G. AMBROSIUS, *Der Staat als*

Unternehmer: Öffentliche Wirtschaft und Kapitalismus seit dem 19. Jahrhundert, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1984, p. 14.

12 H.-J. BIELING, art. cit., p. 541.

13 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, « Rechtliche Zulässigkeit der Privatisierung: Ausarbeitung », WD 3 2006, p. 4 ; F. SCHOCH, « Privatisierung von Verwaltungsaufgaben », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, p. 962.

14 Cf. P. VEST, « Die formelle Privatisierung öffentlicher Unternehmen – Eine Effizienzanalyse anhand betriebswirtschaftlicher Kriterien der Rechtsformwahl », *ZögU* 21, 1998, p. 189-190.

15 U. DI FABIO, « Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe », *JuristenZeitung* 54, 1999, p. 587 ; S. LASKOWSKI, « Privatisierung der Wasserversorgung », *Kritische Justiz* 44, 2011, p. 186.

16 C. Brüning et M. SÖBBEKE, « Befugnisse der Sonderaufsicht/Fachaufsicht », in C. BRÜNING *et al.* (dir.), *Die Kommunalaufsicht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, 2024, p. 21.

17 S. LASKOWSKI, « Privatisierung der Wasserversorgung », *Kritische Justiz* 44, 2011, p. 189.

18 C. Brüning et M. Söbbeke, « Befugnisse der Sonderaufsicht/Fachaufsicht », in C. BRÜNING *et al.* (dir.), *Die Kommunalaufsicht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, 2024, p. 82.

19 S. LASKOWSKI, art. cit., p. 186.

20 Deutsches Institut für Urbanistik, « Privatisierung in Kommunen: Beteiligungsberichte ausgewertet », *Difu Berichte* 4, 2003, p. 8.

21 Hans BÖCKLER STIFTUNG, « Kommunen schlagen Private », *Böckler-Implus* 2, 2010, p. 6.

22 H. SCHMID-PETRI et S. G. ELSCHNER, « Transitionalists, traditionalists or pioneers? How German municipal energy companies are responding to the national energy transition », *Energy Research & Social Science*, 2024, n° 103431.

23 Hans BÖCKLER STIFTUNG, art. cit., p. 6.

- 24 S. LASKOWSKI, art. cit., p. 189 ; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, art. cit.
- 25 En ce qui concerne les outils de contrôle parlementaire de ces entreprises cf. C. GUSY, « Privatisierung und parlamentarische Kontrolle », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 31, 1998, p. 266-267.
- 26 Cf. S. LASKOWSKI, art. cit., p. 189.
- 27 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, art. cit., p. 4.
- 28 Cf. notamment : P. VEST, « Die formelle Privatisierung öffentlicher Unternehmen – Eine Effizienzanalyse anhand betriebswirtschaftlicher Kriterien der Rechtsformwahl », *ZöglU* 21, 1998, p. 189.
- 29 *Ibid.*, p. 197 ; U. DI FABIO, art. cit., p. 588.
- 30 P. VEST, art. cit., p. 190-191.
- 31 U. DI FABIO, art. cit., p. 588 ; C. GUSY, « Privatisierung und parlamentarische Kontrolle », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 31, 1998, p. 267.
- 32 P. VEST, art. cit., p. 192-194.
- 33 Cf. S. LASKOWSKI, art. cit., p. 191-192 ; C. GUSY, art. cit., p. 267.
- 34 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, art. cit., p. 4-6.
- 35 U. DI FABIO, art. cit., p. 589.
- 36 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, art. cit., p. 4-6.
- 37 M. MEYER-RENSCHHAUSEN, « Die Auswirkungen der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen auf die Umwelt am Beispiel von Energiewirtschaft und Abwasserbeseitigung », *ZöglU* 19, 1996, p. 82.
- 38 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, art. cit., p. 4-6.
- 39 *Ibid.*
- 40 U. DI FABIO, art. cit., p. 589.
- 41 *Ibid.* ; cf. également : T. BLANKE et D. STERZEL, « Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung (Flugsicherung, Bahn und Post) », *Arbeit und Recht* 41, 1993.
- 42 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, art. cit., p. 4-6 ; U. DI FABIO, art. cit., p. 585.
- 43 *Ibid.*
- 44 *Ibid.* ; C. WALDHOFF, *op. cit.*, p. 97 ; G. AMBROSIUS, *op. cit.*, p. 163.

45 D. SACK, *op. cit.*, p. 168.

46 Hans BÖCKLER STIFTUNG, *art. cit.*, p. 6.

47 D. SACK, *op. cit.*, p. 147.

48 H.-J. BIELING, *art. cit.*, p. 541.

49 J. KOCKA, « Kriegssozialismus? Unternehmer und Staat 1914-1918 », in Industrie und Handelskammer zu Berlin, *Berlin und seine Wirtschaft*, Berlin, De Gruyter, 1987, p. 158-160.

50 Cf. en détail : G. HAUCH (dir.), *Industrie und Zwangsarbeit im Nationalsozialismus*, Innsbruck/Vienne/Munich/Bolzano, Studienverlag, 2003 ; A. SCHNEIDER-BRAUNBERGER, *Miele im Nationalsozialismus: Ein Familienunternehmen in der Rüstungs- und Kriegswirtschaft*, Munich, Siedler Verlag, 2023 ; T. URBAN, *Zwangsarbeit bei Thyssen: Stahlverein und Baron-Konzern im Zweiten Weltkrieg. 2., durchgesehene Auflage*, Paderborn, Schöningh, 2021, 2^e éd. ; A.G. RHEINMETALL-BORSIG, « Verhaltensmaßregeln für deutsche Gefolgschaftsmitglieder gegenüber polnischen Arbeitskräften: Bekanntmachung der Rheinmetall-Borsig AG Sömmerda (10. November 1942) », in N. MOCZARSKI et al. (dir.), *Zwangsarbeit in Thüringen 1940-1945: Quellen aus den Staatsarchiven des Freistaates Thüringen*, Erfurt, Landeszentrale für politische Bildung Thüringen, 2002, p. 152.

51 En ce qui concerne Volkswagen, cf. : L. GALL et M. POHL, *Unternehmen im Nationalsozialismus*, Munich, C.H. Beck, 1998, p. 45 ; Bericht der Bericht der Bundesregierung zur Verringerung von Beteiligungen und Liegenschaften des Bundes, < <https://www.volkswagen-group.com/de/volkswagen-chronik-17351/1961-bis-1972-boom-und-krise-des-ein-produkt-unternehmens-17357?utm.com#> > ; < <https://www.fes.de/news-detailansicht-1/geschichte-der-privatisierung?utm.com> > ; BT Drucksache 12/6889, (consultés le 12 juin 2025).

52 H.-J. BIELING, *art. cit.*, p. 541.

53 *Ibid.*

54 Bericht der Bericht der Bundesregierung zur Verringerung von Beteiligungen und Liegenschaften des Bundes, < <https://www.volkswagen-group.com/de/volkswagen-chronik-17351/1961-bis-1972-boom-und-krise-des-ein-produkt-unternehmens-17357?utm.com#> > ; < <https://www.fes.de/news-detailansicht-1/geschichte-der-privatisierung?utm.com> > ; BT Drucksache 12/6889, consultés le 12 juin 2025.

55 H.-J. BIELING, art. cit., p. 541 ; W. MEISSNER, « Selektive Stabilitätspolitik: Die Ergänzung von Marktmechanismus und Globalsteuerung », in K. LASKI et al. (dir.), *Beiträge zur Diskussion und Kritik der neoklassischen Ökonomie*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1979, p. 165.

56 Bundesamt für politische Bildung, « Globalsteuerung: Das Lexikon der Wirtschaft », < <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-der-wirtschaft/19534/globalsteuerung/#:~:text=Die%20Globalsteuerung%20ist%20darauf%20gerichtet,ein%20gesamtwirtschaftliches%20Gleichgewicht%20zu%20erreichen> >, consulté le 12 juin 2025 ; T. APOLTE, « Globalsteuerung », in K. SCHUBERT (dir.), *Handwörterbuch des ökonomischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, p. 215.

57 M. GÄRTNER, « Phillips-Kurve und staatliches Beschäftigungsziel im Zeitalter der Globalsteuerung », *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* n° 0603, p. 485 ; cf. W. SCHERF, « Staatsverschuldung und Globalsteuerung », *Finanzwissenschaftliche Arbeitspapiere* 106, 2021, p. 1-2, [En ligne] < <https://www.econstor.eu/handle/10419/234958> >, consulté le 25/11/2025.

58 H.-J. BIELING, art. cit., p. 541.

59 Cf. en détail : J. KERSTEN, « Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff », *Der Staat*, 2005, p. 547-559 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 541 ; P. TECHET, « Das Konzept Der „Daseinsvorsorge“ Bei Ernst Forsthoff Als Legitimation Des Autoritären Staates », *Historia Constitucional*, 2022, p. 324-326 ; E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer-Verlag, 1938.

60 C. WALDHOFF, *op. cit.*, p. 97 ; G. AMBROSIUS, *op. cit.*, p. 163.

61 D. SACK, *op. cit.*, p. 148.

62 *Ibid.*, p. 149.

63 *Ibid.*, p. 130 ; U. VON ALEMANN, P. ERBENTRAUT et J. WALTHER, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, Springer-Fachmedien, 2018, p. 145-147.

64 Cf. D. WEBBER, *op. cit.*, p. 153-154 ; M. VOGT, *op. cit.*, p. 888 ; en 1982, le ministère fédéral des Finances a élaboré, pour la première fois depuis l'après-guerre, un concept global pour la politique de privatisation et de participation de l'État fédéral, cf. : Bundesregierung, art. cit.

- 65 K. LEWINSKI et D. BURBAT, « § 65 BHO », in K. LEWINSKI et al. (dir.), *Bundeshaushaltsordnung*, Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 2013, 1.
- 66 *Ibid.*
- 67 A. FARAHAT, art. cit., p. 606 ; A. VON BRÜNNECK, op. cit., p. 398.
- 68 M. AHNEFELD, *Die Performance von Privatisierungen am Kapitalmarkt*, Wiesbaden, DUV, 2007, p. 60.
- 69 K. LEWINSKI et D. BURBAT, art. cit., p. 6-7.
- 70 Cf. en détail : J. KERSTEN, art. cit., p. 547-559 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 541 ; P. TECHET, art. cit., p. 324-326 ; E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1938.
- 71 K. LEWINSKI et D. BURBAT, op. cit., 7.
- 72 V. BEHLAU, J. LUTZ, M. SCHÜTT, *Klimaschutz durch Beihilfen*, Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 2012, p. 317-324.
- 73 M. AHNEFELD, op. cit., p. 60.
- 74 Cf. D. WEBBER, op. cit., p. 153-154 ; M. VOGT, op. cit., p. 888 ; en 1982, le ministère fédéral des finances a élaboré, pour la première fois depuis l'après-guerre, un concept global pour la politique de privatisation et de participation de l'État fédéral, cf. : Bundesregierung, art. cit.
- 75 D. WEBBER, op. cit., p. 153.
- 76 *Ibid.*
- 77 D. WEBBER, « Kohl's Wendepolitik after a decade », *German Politics* 1, 1992, p. 149.
- 78 D. WEBBER, op. cit., p. 153.
- 79 *Ibid.*, p. 154 ; R. ZOHLNHÖFER, *Die Wirtschaftspolitik der Ära Kohl: Eine Analyse der Schlüsselentscheidungen in den Politikfeldern Finanzen, Arbeit und Entstaatlichung, 1982-1998*, Berlin, Springer-Verlag, 2013, p. 67.
- 80 J. SCHMID, *Kontinuität und Wandel der CDU: Eine 'halbe Wende'durch politische Fragmentierung*, Constance, Leske & Budrich, 1987.
- 81 H.-J. BIELING, art. cit., p. 542.
- 82 *Ibid.* ; M. AHNEFELD, op. cit., p. 60-61.
- 83 D. SACK, op. cit., p. 147.
- 84 H.-J. BIELING, art. cit., p. 543 ; Bundesministerium für Finanzen, *Die Treuhandanstalt: Ein Forschungsprojekt des Instituts für Zeitgeschichte*,

Munich/Berlin, BMF/Monatsbericht, 2020, p. 39.

85 H.-J. BIELING, art. cit., p. 543 ; en détail : M. BÖICK, *Die Treuhand: Idee – Praxis – Erfahrung 1990-1994*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2018.

86 Deutsche Bundestag, « Entwurf eines Gesetzes zur Reorganisation und Verwertung des ehemaligen volkseigenen Vermögens (Treuhandgesetz) », *Bulletin* 12/552, 1991.

87 « Wie die Treuhand den Osten verkaufte », MDR, 07 avril 2022, [En ligne] < <https://www.mdr.de/geschichte/ddr/deutsche-einheit/treuhand/betriebe-verkauf-volkseigentum-100.html> >, consulté le 14 juin 2022 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 543 ; M. BÖICK, « Zwölf Thesen zu Wirtschaftsombau und Treuhandanstalt: Die Rolle(n) und Folgen des Wirkens der Treuhand nach dem Ende der DDR », BPB, 22 septembre 2022 [En ligne] < <https://www.bpb.de/themen/deutschlandarchiv/513279/zwoelf-thesen-zu-wirtschaftsumbau-und-treuhandanstalt/?utm.com> >, consulté le 14 juin 2025.

88 « Wie die Treuhand den Osten verkaufte », art. cit.

89 Cf. M. BÖICK, art. cit. ; « Wie die Treuhand den Osten verkaufte », art. cit.

90 H.-J. BIELING, art. cit., p. 543.

91 W. BREMEIER, H. BRINCKMANN et W. KILLIAN, *Public Governance kommunaler Unternehmen: Vorschläge zur politischen Steuerung ausgegliederter Aufgaben auf der Grundlage einer empirischen Erhebung*, Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung, 2006, p. 17 ; relatif au régulations en matière d'énergie, cf. : G. HALDER, *Regulierung der EU: Nord Stream 2 – Das Beharren auf widerlegten Argumenten*, Springer VS, Wiesbaden, 2021, p. 15-18 ; relatif au secteur de télécommunication : K. WALTNER et T. PELLEGRINI, « Die Netzneutralität aus wettbewerbsökonomischer Sicht: Eine Argumentationsanalyse der EU-Konsultation zu „Offenes Internet und Netzneutralität“ », in J. KRONE et al. (dir.), *Netzneutralität und Netzbewirtschaftung*, Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 2012, p. 97-98.

92 Cf. ci-dessous.

93 T. OEBBECKE, *Regulierung, Normen, Verordnungen und Richtlinien, dans Nachhaltigkeit in Architektur und Städtebau*, Wiesbaden, Springer Vieweg, 2025, p. 329 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 544.

94 D. SACK, op. cit., p. 153.

95 R. ZOHLNHÖFER, op. cit., p. 340-345 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 543 ; D. SACK, op. cit., p. 158.

- 96 S. BAJOHR, *Grundriss Staatliche Finanzpolitik*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2003, p. 237-240 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 543 ; M. MEYER-RENSCHHAUSEN, art. cit., p. 82.
- 97 H.-J. BIELING, art. cit., p. 544 ; D. SACK, op. cit., p. 151.
- 98 H.-J. BIELING, art. cit., p. 544 ; U. DI FABIO, art. cit., p. 589.
- 99 Deutscher Bundestag, 1994, art. cit.
- 100 D. SACK, op. cit., p. 158.
- 101 *Ibid.*, p. 152 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 545.
- 102 *Ibid.*, p. 545.
- 103 L. VON USSLAR, « Der Staat als Akteur am Finanzmarkt im Lichte der Finanzkrise », *Wirtschaftsdienst* 90, 2010, p. 37 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 545.
- 104 S. FALK, « Beratung in der Finanzkrise », *Zeitschrift für Politikberatung* 2, 2009, p. 140-141 ; L. VON USSLAR, art. cit., p. 40.
- 105 *Ibid.* ; D. SACK, op. cit., p. 167.
- 106 *Ibid.*
- 107 *Ibid.*
- 108 F. C. PAUL, « The contested politics of de-privatisation and the shifting terrain of the local state: the case of the Ilm-Kreis, Thuringia, Germany », *Local Government Studies* 50, 2024, 696 (697) ; D. SACK, op. cit., p. 167 ; cf. L. VON USSLAR, art. cit., p. 37 ; H.-J. BIELING, art. cit., p. 545.
- 109 D. SACK, op. cit., p. 168 ; T. PETZOLD, « Das Ende der Schuldenbremse?: Staatsverschuldung in der Pandemie », *Kritische Justiz* 54, 2021, p. 397.
- 110 D. SACK, op. cit., p. 168-169.
- 111 M. HÜTHER, *Wer zahlt die Krise? Wie Deutschland die Corona-Schulden bewältigt*, Köln, Institut der deutschen Wirtschaft, 13 avril 2021, p. 7 ; T. PETZOLD, art. cit., p. 398.
- 112 T. Krebs, *Eine Investitionsregel zur Reform der Schuldenbremse*, Düsseldorf, Hans-Böckler-Stiftung 2025, p. 7, [En ligne] < <https://www.econstor.eu/handle/10419/311827> >, consulté le 15 juin 2025.
- 113 European Commission, State aid cases, [En ligne] < https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/supporting-jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_en?utm.com >, consulté le 15 juin 2025 ; European Commission, Germany, State aid cases,

[En ligne] < https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/supporting-jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases/germany_en?utm.com >, consulté le 15 juin 2025.

114 B. GOODAIR, « 'Accident and emergency'? Exploring the reasons for increased privatisation in England's NHS », *Health Policy* 138, 2023 ; B. GOODAIR et A. REEVES, « The effect of health-care privatisation on the quality of care », *The Lancet Public Health* 9, 2024.

115 S. SAHIN, « Lupus in Fabula? Zur Relevanz der außenwirtschaftsrechtlichen Direktinvestitionskontrolle im Rahmen grenzüberschreitender Unternehmensübernahmen », in J. STRUMPF-WOLLERSHEIM et al. (dir.), *Forum Mergers & Acquisitions 2023*, Wiesbaden, Springer Gabler, 2024, p. 64-65.

RÉSUMÉS

Français

Depuis les années 1970, les vagues de privatisation ont profondément transformé les économies européennes. Si l'Allemagne n'a pas échappé à cette tendance, elle s'en est distinguée par une approche plus prudente et centrée sur l'État. Contrairement à des pays comme le Royaume-Uni ou la France, elle a souvent opté, notamment en période de crise, pour la nationalisation plutôt que pour la privatisation. Cette orientation peut sembler paradoxale, dans la mesure où la Loi fondamentale allemande impose peu de contraintes à la privatisation, alors que la nationalisation y est strictement encadrée par les articles 14 et 15. Cet article s'interroge sur les raisons pour lesquelles l'Allemagne n'a pas pleinement adopté la dynamique européenne de privatisation, malgré un cadre constitutionnel orienté vers le marché. À travers une analyse croisée des dimensions historiques, politiques, juridiques et économiques, il met en évidence un *Sonderweg* allemand, dans lequel le fédéralisme, les traditions juridiques et la gestion des crises ont façonné un modèle original d'intervention publique dans l'économie.

English

Since the 1970s, waves of privatisation have profoundly reshaped European economies. Although Germany was not immune to this trend, its approach has been more cautious and state-oriented. Unlike countries such as the UK or France, Germany has often responded to major crises by favouring nationalisation over privatisation. This seems paradoxical given that the German Basic Law imposes few legal barriers to privatisation, while nationalisation is tightly regulated under Articles 14 and 15. This article investigates why Germany has not fully embraced the European

privatisation trend, despite its constitutionally market-oriented framework. Through a political, legal, and economic lens, it highlights the distinct *Sonderweg* taken by Germany – a path shaped by federalism, legal traditions, and a particular approach to crisis management that sustains a unique model of public economic intervention.

INDEX

Mots-clés

privatisation, nationalisation, loi fondamentale allemande, fédéralisme, sonderweg

Keywords

privatisation, nationalization, german basic law, federalism, Sonderweg

AUTEUR

Madeleine Lasserre

D^r Madeleine Lasserre est juriste franco-allemande. Elle a étudié le droit ainsi que la *Common Law* à l'Université de Münster et à l'Université Bordeaux IV (2015-2020). De 2021 à avril 2025, elle a réalisé une thèse de doctorat en cotutelle entre l'Université de Münster et l'Université Paris Nanterre, portant sur le droit constitutionnel franco-allemand.

IDREF : <https://www.idref.fr/292582390>

« Les politiques » de privatisation des entreprises publiques en Tunisie postrévolutionnaire : entre contraintes internes et conditionnalités du Fonds Monétaire International

Sarra Sfaxi

DOI : 10.35562/droit-public-compare.755

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

- 1.1. Le rejet radical des politiques de privatisation en période transitoire
- 1.2. L'incohérence des politiques de privatisation entre

2014 et 2019

- 2.1. La privatisation des EP au centre des conditionnalités du FMI
- 2.2. La manifeste volonté politique d'obvier à la privation des EP

TEXTE

- 1 Héritage d'un modèle économique centralisé et symbole d'un État providence en crise, les entreprises publiques (ci-après EP) tunisiennes sont devenues, depuis la révolution de 2011, un enjeu majeur de réforme politique. Dans l'effervescence d'une transition politique inédite, la privatisation des EP a connu d'importantes fluctuations. Cette dynamique s'explique notamment par la tension entre, d'une part, des aspirations sociales exprimées par une population en quête de justice économique et sociale et, d'autre part, les impératifs de rigueur budgétaire dictés, en partie, par les conditionnalités des grands bailleurs de fonds.
- 2 En effet, cette tension structurelle a engendré une oscillation entre ouverture économique et préservation des acquis du secteur public pour répondre aux revendications populaires. Un tel constat impose de parler, tout au long de ce travail de recherche de « politiques de

privatisation » et non pas d'« une politique de privatisation » afin de refléter la diversité des approches, des temporalités et des logiques à l'œuvre dans ce processus.

- 3 Cela soulève ainsi le débat sur les politiques de privatisation des EP en Tunisie postrévolutionnaire lesquelles s'inscrivent au cœur de deux impératifs majeurs : des contraintes internes, d'une part, et des conditionnalités imposées par le Fonds monétaire international (ci-après FMI), d'autre part.
- 4 Avant d'engager l'analyse de ces politiques, il convient d'identifier au préalable, certaines notions-clefs puis d'exposer l'intérêt que revêt un tel sujet.
- 5 La notion d'« entreprise publique », aujourd'hui largement utilisée, ne faisait pas partie du vocabulaire juridique avant la Seconde Guerre mondiale et semble être apparue au cours des années 1940¹. Cette notion a toujours suscité un embarras pour les juristes en raison du flou qui entoure sa définition. Ceci émane principalement de l'antinomie qui oppose le substantif « entreprise » et le qualificatif « publique ». Comme le souligne Professeur Ben Messaoud, « l'entreprise étant la cristallisation d'une initiative privée mettant en œuvre la liberté d'entreprendre, alors que le terme "publique" rappelle certes l'intérêt général mais surtout la puissance publique, les personnes publiques^{2 3} ». L'État intervient à la fois en tant qu'actionnaire soucieux de leurs performances économiques et financières, mais aussi en tant que puissance publique garante de l'intérêt général. La satisfaction de l'un de ces impératifs peut dès lors se révéler préjudiciable à la réalisation de l'autre.
- 6 De plus, cette notion ne renvoie pas à une réalité unique, mais recouvre des réalités juridiques complexes et diverses. Elle se caractérise par une grande hétérogénéité, tant au regard des modalités de création, de la nature juridique des statuts applicables, que des conditions économiques et institutionnelles dans lesquelles ces entités évoluent⁴. Toutefois, bien que ne constituant pas une catégorie juridique homogène⁵, les EP peuvent être identifiées à travers un certain nombre de critères. Ces critères bien que généraux, présentent une certaine stabilité et permettent d'en appréhender les contours juridiques⁶.

- 7 Difficilement réductible à une définition juridique facile⁷, le législateur tunisien, à l'instar de son homologue français, a choisi de ne pas en fournir une définition précise et claire. En conséquence de l'extrême variété des réalités économiques que la notion couvre, il s'est contenté d'énumérer les différentes catégories d'organismes que l'expression recouvre, « préférant les solutions de facilité, l'énumération, la liste... à la tâche plus ardue de dégagements de critères abstraits de définitions⁸ ».
- 8 Conçue du temps de la privatisation à la fin des années 80, et même si elle a été modifiée en 1996 et en 2002, la loi n° 96-74 du 29 juillet 1996 modifiant et complétant la loi n° 89-9 du 1^{er} février 1989 relative aux « participations, entreprises et établissements publics » énumère les trois formes d'EP⁹. D'après l'alinéa 1^{er} de l'article 8, telle que modifiée et complétée par la loi n° 96-74 du 29 juillet 1996, sont considérées comme EP les établissements publics à caractère non-administratif (ci-après EPNA) et dont la liste est fixée par décret, les sociétés dont le capital est entièrement détenu par l'État et enfin les sociétés dont le capital est détenu par l'État, les collectivités locales, les établissements publics et les sociétés dont le capital est détenu entièrement par l'État à plus de 50 % chacun individuellement ou conjointement. S'agissant des EPNA¹⁰ figurant dans une liste établie par décret de la Présidence du gouvernement, en Tunisie, la majorité des grandes entreprises publiques, ayant un poids économique considérable, sont gérées sous cette forme. C'est le cas de la Société tunisienne d'électricité et du gaz (STEG) et de la Société nationale d'exploitation et de distribution des eaux (SONED¹¹)... Ensuite, il y a les sociétés dont le capital est détenu entièrement par l'État c'est-à-dire dont le capital est à 100 % étatique, ce qui déroge fondamentalement au droit commun des sociétés¹². Ainsi, à titre d'exemple, la Compagnie des Phosphates de Gafsa (CPG¹³). Enfin les sociétés dont le capital est détenu par certaines personnes morales de droit public notamment l'État, les collectivités locales, les établissements publics ou de droit privé notamment les sociétés dont le capital est détenu entièrement par l'État à condition que cette participation dépasse les 50 %.
- 9 Comme suite logique à ce qui précède, deux remarques s'imposent. En premier lieu, on peut constater que le spectre des EP est très large. Le transport, l'industrie et le secteur bancaire sont les trois

secteurs les plus représentés par les EP tunisiennes¹⁴. En second lieu, les EP occupent une place singulière dans les orientations stratégiques de la Tunisie, et ce, en raison de leur contribution à l'économie et leur mission de défense de l'intérêt général.

- 10 Ceci dit, outil privilégié de l'interventionnisme économique de l'État, et pourtant, ces entités ont, depuis les années 90, commencé à manifester des signes inquiétants d'essoufflement. Plusieurs difficultés en cascade sont ici à identifier telles que l'accumulation des pertes, la baisse des recettes, le surendettement, la dégradation de la qualité des produits et des prestations de services fournis. De plus, la flambée des coûts de leurs activités, le déclin de leur performance et de leur rentabilité n'ont pas été sans incidence sur l'équilibre des finances publiques. Il est par conséquent logique que le débat public en Tunisie porte ces dernières années sur les politiques de privatisation des EP dont il convient de définir.
- 11 S'agissant du concept « politique publique », il désigne les interventions d'une autorité investie de puissance publique et de légitimité gouvernementale sur un domaine spécifique de la société ou du territoire¹⁵. Serait politique publique alors tout ce que les acteurs gouvernementaux décident de faire ou de ne pas faire, font effectivement ou ne font pas¹⁶. Ainsi, parle-t-on de la politique d'emploi, de la politique fiscale et budgétaire ou aussi de la politique de modernisation de l'État. C'est fort de ce constat qu'on peut souligner le fait qu'une politique publique, comme celle de privatisation, véhicule des contenus, se traduit par des prestations et génère des effets, mobilise des activités et des processus de travail et se déploie à travers des relations avec d'autres acteurs sociaux collectifs ou individuels¹⁷.
- 12 Bien qu'elle prenne de plus en plus d'ampleur ces dernières années partout dans le monde, plusieurs définitions proposées pour définir la privatisation laissent une certaine confusion quant au sens à lui donner. Dans ce sens, un Professeur marocain a souligné cette confusion en relevant que « la privatisation est synonyme de restructuration (Tunisie), d'autonomie (Algérie), de transfert (Maroc), de désétatisation (Brésil), de réaction face à la croissance de la bureaucratie (États-Unis), de changement surtout des structures

organisationnelles (Pays-Bas), de dénationalisation des entreprises compétitives et bénéficiaires (France)¹⁸ ».

- 13 En tout état de cause, une politique de privatisation implique la vente partielle ou totale des actifs détenus par l'État, la délégation de la gestion d'une activité à des tiers ou encore la fin d'un monopole détenu précédemment par l'État afin d'ouvrir le marché à la concurrence¹⁹. Elle s'intègre dans le cadre d'une vision de complémentarité et de partenariat entre le secteur public et le secteur privé et contribue, par conséquent, à la concrétisation de la politique de désengagement de l'État des activités concurrentielles encore une fois sous l'impulsion de l'institution de Washington, le FMI²⁰.
- 14 Fort de cette constatation, on peut dire qu'une politique de privatisation constitue une opération assez complexe et délicate dont le succès requiert en grande partie de la rigueur et de la coordination entre les différents organes intervenants dans son élaboration, sa mise en œuvre et son suivi. En outre, pour réussir, en plus d'une préparation minutieuse et d'une mise en œuvre prudente²¹, elle exige une volonté politique forte, déterminée et partagée au sein de l'ensemble du gouvernement²².
- 15 S'intéresser aux politiques de privatisation des EP après la révolution de 2011, ne peut être isolé de l'évolution historique de la situation des EP ainsi que du positionnement économique de l'État tunisien ni du contexte postrévolutionnaire assez fragile et particulier.
- 16 Il serait erroné de considérer la privatisation comme un choix politique qui a émergé uniquement après la révolution. En réalité, bien que ce choix ait été ravivé et intensément débattu après 2011, la Tunisie s'inscrit depuis les années 1980 dans une dynamique plus large, portée par le mouvement mondial de privatisation. Ce dernier, impulsé notamment par les institutions financières internationales, a connu une accélération significative à partir de 1984, touchant la majorité des pays européens jusqu'au début des années 2000²³. Elle est le prolongement d'une stratégie économique amorcée depuis plusieurs décennies. Plus précisément, elle a été consacrée en 1986 dans le VII^e plan de développement économique et social sur la base du Plan d'ajustement structurel de 1986 mis en place sous l'impulsion de la Banque mondiale (ci-après BM) et du FMI²⁴. Un rapport de la

BM sur les EP a soulevé un certain nombre de problèmes relatifs au manque d'autonomie, l'excès de réglementation, la dilution des pouvoirs entre la direction et les autorités de tutelle, l'absence de compétitivité et la faible création d'épargne, qui nécessitent une injection constante de capitaux d'où l'urgence de réduire le rôle de l'État en tant que gestionnaire et l'assainissement financiers de ces EP selon les institutions de Bretton Woods à savoir le FMI et la BM²⁵. En effet, les déficits structurels du secteur public, dont le poids pesait lourdement sur le budget de l'État, ont conduit le pays à conclure, en 1986, un accord de confirmation avec le FMI de 104 millions de droits de tirages spéciaux (DTS²⁶). Cette institution financière internationale investie notamment de la mission de gestion des crises financières et de la responsabilité de la stabilité du SMI, accorde à ses pays membres, y compris la Tunisie, des prêts conditionnés.

17 L'objectif de ces prêts conditionnés était d'offrir à l'État une marge de manœuvre budgétaire suffisante pour rétablir un cadre macroéconomique propice à la stabilité économique et à une croissance durable²⁷. Toutefois, cette assistance financière s'inscrivait dans une logique d'ajustement structurel, impliquant la mise en œuvre de réformes rigoureuses. Celles-ci comprenaient, entre autres, la réduction du rôle de l'État dans l'économie, la baisse des salaires, la réduction des subventions ainsi qu'un vaste programme de privatisation des EP. L'heure était au néo-libéralisme imposé et au déclenchement du désengagement étatique du secteur public en contrepartie de l'ouverture du marché. Néanmoins, si ces mesures visaient à rétablir les équilibres macroéconomiques, notamment face à une crise aiguë de la balance des paiements²⁸, elles avaient un coût social considérable²⁹.

18 À vrai dire, ce plan a marqué la métamorphose du rôle économique de l'État tunisien, passé d'un État interventionniste, investisseur et entrepreneur, chargé de suppléer à l'insuffisance d'un capital privé national encore embryonnaire, à un État régulateur, davantage en retrait dans l'activité économique directe. En effet, au lendemain de son indépendance, le pays a opté pour un modèle de développement fondé sur la planification de l'économie caractérisé notamment par la création massive d'entreprises publiques, dans un contexte où l'absence d'un secteur privé tunisien structuré rendait nécessaire la prise en charge, par l'État, des fonctions productives abandonnées

par les colons³⁰. Contraint d'assurer le confort matériel et moral de ses citoyens par le biais du secteur public, notamment les EP, l'État tunisien a maintenu une posture interventionniste jusqu'à la fin des années 80. Par la suite, la conception du rôle de l'État a changé sous l'impulsion de ces deux institutions largement influencées par la montée de l'école monétariste de Chicago incarné par Von Hayek et Friedman, critiques virulents de l'État providence et de l'interventionnisme étatique prônés par Keynes³¹. En effet, l'échec patent du modèle keynésien d'organisation de l'économie a favorisé le recul voire « la crise de l'État providence³² », amplifié par la diffusion d'un courant idéologique marqué par un rejet croissant de l'intervention étatique.

- 19 Après la révolution de 2011, qui a été une révolution pour la liberté, la dignité et la justice sociale, les EP ont souvent défrayé la chronique. Ainsi, la question de leur privatisation a refait surface, mais cette fois dans un climat de forte méfiance, nourri par le souvenir des dérives passées. Depuis 2011, les dirigeants du Fonds ont exprimé la volonté de l'institution financière à œuvrer avec la Tunisie, pour satisfaire ses besoins de financement urgents et établir les stratégies nécessaires à leur succès à moyen terme. Aussi, à accompagner les dirigeants du pays dans la gestion des défis immédiats, à savoir la préservation de la cohésion sociale et de la stabilité macroéconomique, tout en soutenant les efforts de transformation à moyen terme. Ainsi, dans une allocution de la directrice générale de l'institution, cette responsable a affirmé que « la Tunisie n'est pas seule face à son destin³³ ». Le pays a remarquablement tissé un lien de partenariat durant ces deux dernières décennies avec le Fonds en y recourant officiellement à au moins trois reprises : en 2013³⁴, 2016³⁵, 2020³⁶.
- 20 Ceci étant dit, s'intéresser aux politiques de privatisation des EP en Tunisie peut, à première vue, sembler relever d'un sujet classique. Or, envisager cette question dans un contexte postrévolutionnaire lui confère une dimension toute particulière, en raison des profondes mutations politiques, économiques et sociales qu'a connues le pays depuis la révolution qui incarne les espérances, les rêves et les idéaux d'un peuple en quête d'une vie meilleure. « En quête d'une plus grande liberté, d'une plus grande dignité, et d'une répartition plus

vaste et plus juste des ressources et des débouchés économiques. Bref, ce à quoi aspire tout être humain³⁷. »

- 21 En effet, la protection de l'économie nationale, notamment à travers les subventions publiques allouées aux EP opérantes dans des secteurs stratégiques, visait à garantir la continuité des services essentiels à la population et à l'économie. Toutefois, cette politique d'appui budgétaire prolongé a, paradoxalement, contribué à la faible performance de ces entités et à la débâcle budgétaire. Autrement dit, ces subventions se sont révélées contre-productives. Elles ont alourdi le budget de l'État, sans générer de gains économiques tangibles tout en retardant la mise en œuvre des réformes nécessaires. Ce constat a ravivé le débat, en Tunisie postrévolutionnaire, autour de la privatisation des EP, telle que préconisée par les bailleurs de fonds internationaux, en particulier le FMI.
- 22 Selon la logique prônée par ces derniers, face à des EP de plus en plus fragilisées, en proie à un cercle vicieux de déficits récurrents, l'État se doit de réduire ses participations dans de nombreux secteurs économiques, au profit d'acteurs privés susceptibles d'en assurer une gestion plus efficace. Face aux contraintes budgétaires et sociales obérant l'action des gouvernements tunisiens de l'après-révolution, et considérant qu'une profonde réforme structurelle paraît difficilement envisageable dans un tel contexte, le défi de l'amélioration de la performance des EP implique, selon une certaine logique, leur privatisation. Ainsi, entre pression du FMI et résistances internes, notamment syndicales et populaires, le sort des EP demeure un terrain de négociation délicat, révélateur des tensions entre souveraineté nationale, volonté de préserver la stabilité sociale dans un climat politique encore instable et impératifs de modernisation économique liés au financement externe.
- 23 À la lumière de toutes ces considérations, la problématique que notre modeste contribution se propose d'examiner est la suivante :
comment les politiques de privatisation des entreprises publiques évoluent-elles en Tunisie postrévolutionnaire face aux contraintes internes et aux conditionnalités imposées par le FMI ?
- 24 Afin de mieux répondre à cette problématique, une analyse juridique du cadre normatif encadrant les privatisations est primordiale. Néanmoins, l'examen des déclarations officielles, s'avère

indispensable pour appréhender les rythmes, les temporalités et les orientations politiques entourant les politiques de privatisations en Tunisie dans le contexte postrévolutionnaire.

25 Ainsi, il apparaît que ces politiques ont été, dans un premier temps, vacillantes entre 2011 et 2019, connaissant une trajectoire incertaine, entre rejet politique et pressions sociales (1), avant de s'inscrire, depuis 2019, au cœur d'un rapport de force croissant entre le FMI et les autorités tunisiennes, dans un contexte de crise économique et de dépendance accrue à l'aide internationale (2).

26 1. Entre rejet politique et pressions sociales, les politiques de privatisation des EP en sursis

27 Il serait erroné de croire que, durant la période transitoire, souvent qualifiée comme « démesurément longue³⁸ », le processus de privatisation s'est déroulé de manière fluide, linéaire, sans hésitation. En effet, deux phases distinctes peuvent être distinguées. Une première, qui s'étend entre 2011 et 2014, correspond à la période de transition politique marquée par un rejet radical de toute tentative de privatisation. La seconde, couvrant la période de 2014 à 2019, se caractérise par une réintroduction progressive du discours réformateur, sans pour autant parvenir à une mise en œuvre concrète et cohérente du processus de privatisation.

1.1. Le rejet radical des politiques de privatisation en période transitoire

28 La chute du régime de Ben Ali, après 23 ans de règne, a constitué un événement marquant de l'histoire politique, mais aussi économique et sociale du pays suite à laquelle ce dernier est entré dans une phase transitoire, particulièrement instable.

29 D'abord, le contexte postrévolutionnaire a été caractérisé par une libéralisation sans précédent du champ politique. Les petits partis, longtemps tolérés sans réel pouvoir, ont auparavant servi de façade démocratique à un régime de parti unique *de facto*³⁹. Ainsi, après la révolution, la donne a changé avec l'émergence de nouvelles forces et parties politiques, longtemps marginalisés, interdits ou inexistants, rompant ainsi avec le monopole autoritaire de l'ancien régime. Ensuite, au niveau social, il y a eu une forte mobilisation sociale,

menée notamment par l'Union générale tunisienne du Travail (ci-après UGTT), principale centrale syndicale de Tunisie⁴⁰.

- 30 Dans ce contexte de recomposition politique et de pression sociale, les politiques de privatisation ont été largement rejetées. Elles étaient perçues comme héritées du régime déchu, associées à la corruption, à la mauvaise gestion des ressources publiques et à l'aggravation des inégalités sociales. Le rejet des privatisations s'est ainsi imposé comme une position largement partagée, tant par les nouveaux acteurs politiques que par les syndicats et une partie importante de la société civile. Rappelons que « Travail, Liberté, Dignité » ont été les nouveaux maîtres mots qui ont cristallisé un profond rejet des disparités régionales, de la mauvaise gestion des ressources publiques, de la corruption, ainsi que de l'incapacité des politiques publiques à juguler le chômage et à assurer une redistribution équitable des richesses nationales. Comme l'a justement souligné un auteur, au pays du jasmin, le vase était plein⁴¹. À cette époque, alors que les régions de l'intérieur souffraient d'exclusion et d'injustice, l'élite économique liée à l'ancien régime, dont les principales figures étaient perçues comme ses complices, bénéficiait de positions privilégiées et protégées.
- 31 Ceci trouve un écho particulier dans le rapport de la Commission nationale d'enquête sur la corruption et les malversations, publié en novembre 2011, qui mettait en lumière certaines pratiques récurrentes observées dans la gestion des EP en Tunisie. Il évoquait notamment le rachat des actions dans des secteurs stratégiques tels que les banques, ainsi que l'utilisation des services publics privatisés pour donner aux entreprises de la famille dirigeante un avantage comparatif dans certains secteurs⁴².
- 32 Comme le dévoile si bien une étude de la BM datant de 2014, intitulée « *All in the Family, State Capture in Tunisia* », la réglementation en vigueur avait été modifiée à des fins clientélistes, dans le but explicite de favoriser les intérêts de la famille de l'ancien président et de son entourage. À la fin de l'année 2010, ce groupe restreint contrôlait ainsi plus de 21 % des bénéfices générés par le secteur privé, illustrant l'ampleur de la captation économique. Autrement dit, plus d'un cinquième des profits du secteur privé revenait à des entreprises liées à la famille présidentielle⁴³.

- 33 C'est fort de ce constat que l'on peut affirmer la profonde méfiance qui entoure, depuis 2011, les politiques de privatisation des EP. Cette méfiance s'analyse à travers deux dimensions complémentaires : une dimension sociale et une dimension politique.
- 34 Sur le plan social, la mémoire encore vive des privatisations menées sous l'ancien régime, souvent perçues comme imposées par le FMI au détriment de l'intérêt général, a durablement entaché la légitimité de tout projet de privatisation auprès de l'opinion publique. Il convient, dans ce cadre, de rappeler l'un des exemples les plus emblématiques : celui du secteur des télécommunications en Tunisie avant 2011. En effet, jusqu'au début des années 2000, ce secteur était entièrement contrôlé par l'État, *via* l'opérateur public « Tunisie Télécom ». Toutefois, à partir de 2002, dans le cadre d'un processus de libéralisation progressive, un premier opérateur privé a pénétré le marché en proposant ses services dans le domaine de la téléphonie mobile. Il s'agit de « Tunisiana », qui s'est vu attribuer une licence pour devenir le second réseau de téléphonie mobile en Tunisie ⁴⁴. En 2010, soit quelques mois avant la révolution, ce premier opérateur privé a fait l'objet d'un rachat partiel de la part des groupes Délice et Princesse El Materi Holding, société dirigée par l'homme d'affaires El Materi, gendre de Ben Ali avec *Wataniya Telecom*, filiale de *Qatar Telecom*. La moitié des parts détenues par *Orascom Telecom* s'élevant à un montant de 1,2 milliard de dollars ont été cédées à *Qatar Telecom* via sa filiale *Wataniya Princess Holding*, permettant ainsi à l'entreprise égyptienne de réduire sa dette ⁴⁵.
- 35 Au-delà des enjeux financiers, cette opération a soulevé de nombreuses interrogations, tant en raison du caractère non transparent du processus d'octroi de la licence d'exploitation que de l'implication directe d'un consortium étranger étroitement lié à des figures proches du pouvoir. Cette transaction, réalisée dans des conditions particulièrement opaques, illustre les mécanismes de captation des ressources stratégiques par les cercles restreints du régime, au détriment de l'intérêt général. En renforçant la perception d'une appropriation des ressources publiques par une élite étroitement liée au pouvoir, cet exemple a contribué à nourrir une méfiance sociale profonde à l'égard des politiques de privatisation. Il explique, en dernière instance, le rejet massif et radical dont ces politiques ont fait l'objet durant la période transitoire.

- 36 Outre la mémoire douloureuse des privatisations perçues comme injustes sous le régime de Ben Ali, notamment dans les secteurs des télécommunications, du tourisme ou des banques, la méfiance sociale à l'égard des politiques de privatisation en Tunisie postrévolutionnaire est également alimentée par la crainte de voir le patrimoine national bradé au profit d'élites locales ou d'investisseurs étrangers. Plusieurs exemples illustrent cette crainte persistante. Le plus emblématique, à notre avis, concerne la Compagnie aérienne Tunisienne de l'Air, « Tunisair », dont les difficultés structurelles et les velléités de restructuration ont régulièrement suscité des débats houleux sur l'éventualité d'une ouverture du capital ou d'une privatisation partielle.
- 37 Depuis sa création le 21 octobre 1984, date marquée par la parution du décret portant l'approbation de ses statuts, la compagnie aérienne nationale a toujours été considérée comme l'un des remparts infranchissables veillant à la préservation et au renforcement de la souveraineté nationale dans son acception moderne. Déjà confrontée à des problèmes structurels de gouvernance, principalement liés aux difficultés financières, aux déficits chroniques, aux recrutements archaïques et à une gestion fortement paralysée, la compagnie a vu sa crise s'aggraver de manière significative à partir de 2011⁴⁶. Ainsi, la possibilité d'une privatisation, même partielle, de « Tunisair » a suscité une opposition farouche des syndicats, qui la considèrent comme un bien collectif et un symbole de souveraineté nationale. Dans cette optique, toute initiative visant à ouvrir son capital à un investisseur étranger a été perçue comme une atteinte grave à cette souveraineté, laquelle représente une conquête historique pour laquelle le peuple tunisien a consenti d'importants sacrifices.
- 38 Le rejet massif des politiques de privatisation en Tunisie postrévolutionnaire peut également s'expliquer par une défiance d'ordre politique. Celle-ci s'est traduite par l'incapacité persistante des acteurs politiques à construire un consensus clair sur le rôle de l'État dans l'économie et sur les orientations stratégiques à adopter en matière de réformes structurelles. Cette indécision est largement liée à la crainte des lourdes conséquences sociales que de telles réformes pourraient engendrer, et à la responsabilité politique que les gouvernants pourraient être amenés à assumer devant une population encore marquée par les traumatismes de l'ancien régime.

Comme le résumait Lenine dans une formule devenue célèbre : « une période révolutionnaire se caractérise par l'incapacité de ceux d'en haut à gouverner comme avant, et le refus obstiné de ceux d'en bas d'être gouvernés comme avant ⁴⁷ ». Il est significatif de constater que, même lors du Dialogue national relancé par l'UGTT en 2013, dans un contexte marqué par une intensification des tensions politiques et sociales, la question sensible de la privatisation n'a pas été intégrée à l'agenda des négociations. Ce processus de médiation, salué comme une initiative de sortie de crise, s'est essentiellement concentré sur trois priorités politiques majeures : la formation d'un gouvernement de technocrates, la finalisation de la Constitution de la II^e République par l'Assemblée nationale constituante, et l'adoption d'un calendrier électoral ⁴⁸. L'absence de débat sur les réformes économiques structurelles, et en particulier sur la privatisation, témoigne de la difficulté des élites politiques à aborder frontalement un dossier perçu comme explosif, tant sur le plan social que symbolique.

- 39 En guise de conclusion, la politique de privatisation menée sous l'ancien régime est demeurée, dans la mémoire collective tunisienne, tant sociale que politique, le symbole d'une prédation économique et d'une profonde injustice, justifiant le rejet radical de toute tentative de privatisation d'une EP dans la période postrévolutionnaire. Cette dernière s'est en effet ouverte avec l'ambition de redonner au peuple souverain sa liberté, sa voix et sa capacité de décision, tout en rompant avec les pratiques abusives de l'ancien système ⁴⁹.
- 40 Toutefois, malgré l'adoption d'une nouvelle Constitution en 2014 et la formation d'un gouvernement de technocrates en janvier de la même année, le pays est entré dans une seconde phase de transition, marquée par une certaine incohérence et irrationalité dans les politiques économiques, en particulier celles relatives à la privatisation.
- 41 Il importe, dès lors, de s'attarder sur cette séquence historique, s'étendant de 2014 à 2019, que l'on peut qualifier de phase d'hésitation et d'incohérence par excellence.

1.2. L'incohérence des politiques de privatisation entre 2014 et 2019

- 42 Certes, la Tunisie, berceau du Printemps arabe, a accompli des avancées politiques notables au cours des trois années suivant la révolution, couronnées par l'adoption consensuelle de la Constitution de 2014⁵⁰. Toutefois, la réussite durable de la transition démocratique ne saurait se limiter au seul registre politique, elle exige une rupture claire avec le modèle économique hérité de l'ancien régime. Ce modèle, bien que structurant l'histoire économique du pays, s'est révélé profondément lacunaire, marqué par des blocages structurels, une faible productivité et une croissance inégalitaire. Il met ainsi en lumière l'impératif d'adopter un nouveau modèle de développement, davantage axé sur la concurrence, l'inclusion et l'innovation, afin d'ancrer la Tunisie dans une nouvelle ère de justice sociale et d'efficacité économique⁵¹.
- 43 En effet, la consolidation d'une transition démocratique ne peut être envisagée sans un minimum de développement économique, car « une société transcendée par les inégalités et la pauvreté est un terrain peu fertile pour l'enracinement de la démocratie⁵² ». Autrement dit, la réussite du processus politique dépend étroitement d'une transformation économique et sociale en profondeur, portée par une volonté politique ferme de réformer.
- 44 Le FMI lui-même a reconnu, depuis 2011, la nécessité de rompre avec les mécanismes du passé afin de bâtir un avenir plus inclusif, appelant à une gestion prudente de la transition, non seulement politique, mais aussi économique. Selon l'institution, ce sont les réformes structurelles qui permettront à l'économie tunisienne de se libérer de son modèle actuel, fortement centré sur l'État, et d'ouvrir la voie à un secteur privé plus dynamique et créateur d'emplois⁵³. Néanmoins, face aux tensions sociales aiguës, les gouvernements successifs ont souvent opté pour des politiques budgétaires expansionnistes à travers l'augmentation des subventions sociales et économiques. Si ces mesures ont permis de contenir momentanément la contestation, elles ont toutefois généré un coût élevé. Comme le note le FMI, « les déficits budgétaires se sont creusés, ce qui fait douter de la viabilité des finances publiques [...] le secteur privé a d'autant plus de mal à se

financer pour créer des entreprises ou développer celles qui existent déjà, et offrir ainsi des emplois⁵⁴ ».

- 45 Face à ce constat, il est légitime de s'interroger sur la place qu'a occupée la privatisation dans les priorités des gouvernements qui se sont succédé entre 2014 et 2019. Or, il serait difficile de comprendre l'hésitation manifeste qui a marqué les politiques de privatisation durant cette période sans prendre en compte un facteur fondamental : l'instabilité gouvernementale⁵⁵. En effet, bien que la Tunisie ait semblé amorcer une phase de « normalisation institutionnelle⁵⁶ » à partir de 2014, elle est en réalité restée plongée dans une décennie marquée par une profonde instabilité politique, rythmée par des remaniements fréquents, des coalitions fragiles et une gouvernance souvent entravée.
- 46 Or, la décision de privatiser revêt une dimension hautement politique, en ce sens qu'elle engage la responsabilité du pouvoir exécutif vis-à-vis de l'opinion publique et des partenaires sociaux. En Tunisie, le processus de privatisation repose essentiellement sur une impulsion politique forte émanant du chef du gouvernement, qui agit en tant que véritable chef d'orchestre, en coordination avec les membres de son cabinet⁵⁷. D'où, l'instabilité chronique des gouvernements, marquée par des remaniements fréquents, des majorités parlementaires fragiles et des tensions partisans constantes, a considérablement freiné toute dynamique claire et assumée en matière de réforme du secteur public.
- 47 Chaque gouvernement, dans sa quête de légitimité, s'est présenté comme porteur d'une nouvelle rationalité politique, cherchant à marquer une rupture avec son prédécesseur. Cette dynamique de discontinuité a compliqué la définition et la mise en œuvre de politiques publiques cohérentes, alors même que leur succès dépend d'un ancrage dans le moyen et long terme. Dans ce contexte d'instabilité chronique, les principaux bailleurs de fonds internationaux, au premier rang desquels le FMI, ont appelé l'ensemble des parties prenantes, tant politiques que sociales, à converger vers un socle commun de réformes économiques prioritaires et ambitieuses, parmi lesquelles figure la privatisation des EP. Conformément à leurs recommandations, ces réformes devraient être engagées sans délai afin de lever les principaux blocages

structurels, de restaurer la viabilité macroéconomique et de relancer une croissance inclusive et durable⁵⁸.

48 Sous le gouvernement Jomaa, la privatisation des EP n'a pas été sérieusement abordée, en grande partie en raison des incidents sécuritaires tragiques qui ont eu lieu. Les actes terroristes perpétrés durant cette période, lâches et criminels, ont profondément altéré le climat de confiance, tant sur le plan économique qu'institutionnel⁵⁹. Dans le cadre du bilan des cent premiers jours de son mandat, le chef du gouvernement M. Jomaa a tenu, le 14 mai 2014, une conférence de presse destinée à présenter les grandes orientations de son action pour le reste de l'année. À cette occasion, il a dressé un constat alarmant de la situation des EP, évoquant des déficits structurels résultant notamment de la baisse de la production, du recul de la productivité et de l'augmentation incontrôlée des effectifs. Il a indiqué que 27 EP étaient en situation critique, accusant un déficit cumulé de près de 3 milliards de dinars. Malgré ce diagnostic préoccupant, il a fermement écarté l'option de la privatisation, affirmant que le gouvernement privilégiait une approche de réforme visant à améliorer la gestion et la performance financière de ces structures. Il a ainsi déclaré, sans équivoque : « L'objectif du gouvernement à ce sujet est la réforme⁶⁰. »

49 Une telle position, privilégiant la réforme plutôt que la cession des actifs publics, s'inscrivait dans la ligne des recommandations formulées à la même période par la BM et le FMI. Dans son rapport intitulé *La révolution inachevée : créer des opportunités, des emplois de qualité et de la richesse pour tous les Tunisiens*, la BM soulignait que « bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'État abandonne la propriété des entreprises, il est important de s'assurer que la gouvernance des entreprises publiques leur permette de fonctionner sur un pied d'égalité avec les entreprises privées⁶¹ ». De son côté, le Conseil d'administration du FMI, à l'issue de la troisième revue du programme économique de 24 mois appuyé par un accord de confirmation, a mis l'accent sur la nécessité de renforcer la gestion des finances publiques. Il a également appelé à engager des réformes ciblées des entreprises publiques, lorsque cela s'avère nécessaire, afin d'améliorer la qualité de l'ajustement budgétaire et de favoriser une croissance plus équilibrée⁶².

- 50 Ceci étant dit, malgré les recommandations prudentes des institutions financières internationales, le climat politique et économique sous le gouvernement Jomaa n'était pas propice à une transformation profonde du secteur public. La privatisation des EP n'a ainsi pas été retenue comme priorité.
- 51 Quant au gouvernement de Youssef Chahed, son positionnement à l'égard des entreprises publiques a oscillé entre prudence politique et volonté affichée de réforme. Si le discours officiel faisait régulièrement référence à la nécessité de « restructurer » ou de « moderniser » ces entreprises, le chef du gouvernement s'est toujours défendu de vouloir les privatiser, entretenant ainsi une certaine ambiguïté. Lors de la conférence nationale de présentation de la deuxième édition de MIQYES, le 15 mars 2018, Chahed a réaffirmé son engagement à mettre en œuvre les grandes réformes économiques jugées indispensables, notamment en matière de caisses sociales, de finances publiques, de masse salariale dans la fonction publique, et bien entendu, des EP⁶³. Face à des structures lourdement déficitaires et à un rendement en déclin, le discours du chef du gouvernement se voulait résolument réformiste, affichant une volonté de redressement économique tout en évitant d'ouvrir un front politique et social autour de la privatisation. À peine un mois après ses déclarations réformistes, le chef du gouvernement a adopté un ton nettement plus prudent. En effet, lors du symposium National sur les Réformes majeures, tenu le 11 avril 2018, il a affirmé de manière catégorique qu'aucun projet de privatisation des entreprises publiques n'était envisagé. Il a insisté sur l'absence totale de volonté politique de les céder, quel qu'en soit le prix. Dans un souci de préservation de la paix sociale, le gouvernement de l'époque a démenti toute rumeur de privatiser la STEG ou la SONED et d'autres entreprises publiques opérant dans le secteur de la santé, de l'éducation et du transport⁶⁴.
- 52 Cette déclaration explicite constituait une réponse directe, quoique partielle, à l'UGTT, qui s'opposait fermement à toute privatisation. La centrale syndicale considère en effet ces privatisations comme des « lignes rouges » à ne pas franchir et n'a eu de cesse de réclamer un remaniement, voire un changement gouvernemental, face à ce qu'elle percevait comme une menace grave pour les acquis sociaux et l'emploi. Autrement dit, la privatisation est demeurée un véritable tabou

politique et social pour l'UGTT, qui justifie sa position par la crainte de licenciements massifs, de la précarisation du travail et de l'érosion des droits sociaux des salariés. Pour mémoire, son secrétaire général n'a cessé de rappeler depuis 2017 que « la centrale syndicale trace cent mille lignes rouges devant ce choix économique⁶⁵ », illustrant ainsi la fermeté du syndicat dans sa défense du secteur public. Plus récemment encore, l'organisation s'est opposée au projet du Décret portant amendement de la loi 89-9 du 1^{er} février 1989 relatif aux participations, entreprises et établissements publics approuvé par le gouvernement le 9 février 2023.

53 De plus, la déclaration du gouvernement Chahed constituait une réponse partielle à la position radicale de l'UGTT, qui rejette toute tentative de privatisation. Selon Chahed, seules les EP évoluant dans des secteurs concurrentiels, où la présence de l'État n'est pas nécessaire et qui ne présentent aucun programme de développement, pourraient faire l'objet d'une privatisation, permettant ainsi de renflouer significativement les caisses publiques. Cependant, cette approche n'a guère convaincu l'UGTT. Elle considère que l'ensemble du secteur public est menacé par ces projets, et que les entreprises publiques incarnent un symbole fort de souveraineté nationale. Elle rejette donc fermement cette hypothèse, malgré son potentiel à générer des ressources substantielles pour le budget de l'État et à limiter le recours à l'endettement sur les marchés internationaux⁶⁶. En définitive, sous ce gouvernement, aucune mesure concrète en matière de privatisation n'a pu être mise en œuvre de manière durable.

54 En guise de conclusion, il apparaît que les politiques de privatisation menées entre 2014 et 2019 ont souffert d'une incohérence manifeste, marquée par l'absence d'une stratégie claire, des communications souvent contradictoires, des blocages internes face à des pressions externes, ainsi qu'un manque notable de coordination entre les acteurs concernés. Le fossé entre les discours officiels et les réalisations concrètes a été abyssal durant cette période. Pourtant, la mise en œuvre d'une réforme urgente, notamment dans le secteur public, exige du courage politique et une capacité à ne pas céder à la moindre résistance⁶⁷. Hormis la publication du Livre blanc de 2018, peu d'initiatives concrètes et coordonnées ont vu le jour durant cette

période, traduisant l'absence d'une véritable stratégie réformatrice cohérente.

- 55 Ce *statu quo* s'explique en grande partie par l'immobilisme politique ayant marqué l'ensemble de la période, lequel a considérablement freiné la mise en œuvre des réformes économiques jugées prioritaires, lesquelles auraient dû être engagées « pendant les moments d'émotion et de fierté nationale faisant suite à toute révolution⁶⁸ ».
- 56 Après une période marquée par des hésitations et de l'absence d'une stratégie claire, l'élection du Président Saïed a, dès lors, ouvert une nouvelle séquence politique. Dans ce contexte renouvelé, la question de la privatisation des EP a été abordée sous un prisme différent par le nouveau pouvoir. En effet, cette question s'est progressivement imposée comme un enjeu stratégique majeur dans le cadre des négociations, devenues particulièrement tendues, entre le Fonds monétaire international et les autorités tunisiennes.
- 57 2. Entre FMI et autorités nationales, la politique de privatisation des EP au cœur d'un bras de fer
- 58 La privatisation des EP s'est imposée, depuis 2019, comme un enjeu central, voire conflictuel, dans les négociations entre le FMI et l'État tunisien. Elle cristallise un désaccord profond entre, d'une part, les impératifs de redressement budgétaires exigés par le Fonds en contrepartie de son assistance financière et, d'autre part, les réticences des autorités nationales à engager une telle réforme, perçue comme politiquement sensible et socialement risquée.

2.1. La privatisation des EP au centre des conditionnalités du FMI

- 59 Il va sans dire que la crise budgétaire qui mine les finances publiques tunisiennes, déjà perceptible dès les premiers mois de la révolution de 2011, s'est considérablement aggravée sous l'effet d'une conjoncture internationale défavorable, échappant au contrôle direct des autorités nationales⁶⁹. Toutefois, il serait réducteur d'imputer cette situation uniquement à des facteurs exogènes. Une gestion hasardeuse des deniers publics, marquée par un manque de cohérence dans les choix budgétaires, une hausse continue des

dépenses, notamment salariales et de compensation, sans progression parallèle des recettes fiscales, a amplifié le déséquilibre structurel.

- 60 À cette trajectoire déjà préoccupante, se sont ajoutées plusieurs dynamiques aggravantes : un ralentissement économique persistant, une instabilité politique durable, et surtout par les conséquences économiques et sociales de la pandémie de Covid-19. Celle-ci, a non seulement entraîné l'effondrement de secteurs stratégiques comme le tourisme et les services, mais elle a également imposé un accroissement des dépenses publiques, et par conséquent l'augmentation inédite de l'encours de la dette publique. « Celui-ci est passé de 40 % du PIB en 2010, à environ 75 % en 2019 ⁷⁰. »
- 61 Dans cette optique, le FMI a souligné, dans son rapport sur la stabilité financière dans le monde, que l'adoption de plans crédibles d'assainissement budgétaire à moyen terme pourrait contribuer à contenir les coûts d'emprunt et à atténuer les inquiétudes quant à la viabilité de la dette ⁷¹. À cet égard, et dans un contexte marqué par un déficit budgétaire chronique et un recours croissant à l'endettement extérieur, le FMI conditionne son soutien financier à l'adoption urgente d'un ensemble de réformes structurelles, souvent impopulaires, qui affectent l'ensemble du système des finances publiques, y compris la redéfinition du rapport entre l'État et les EP. Ces réformes, généralement désignées sous l'appellation de « politiques d'ajustement structurel », reposent sur un ensemble de principes économiques libéraux, parmi lesquels figurent la réduction, parfois drastique, des dépenses publiques, la promotion des exportations, et la diminution du rôle économique de l'État, notamment à travers la cession d'actifs publics et l'octroi de facilités accrues aux investisseurs étrangers ⁷².
- 62 Avant d'examiner avec plus en détail la privatisation des EP en tant qu'élément central des conditionnalités imposées par le FMI à la Tunisie, il importe de clarifier la notion même de conditionnalité, qui constitue le socle idéologique et opérationnel de ces réformes. D'abord, le terme « conditionnalité » n'existe pas en tant que tel dans les dictionnaires de référence mais il s'agit d'une reprise du mot *conditionality* en anglais issu du vocabulaire technique des institutions financières internationales. Transposé en français, ce

néologisme renvoie à l'idée selon laquelle « la conditionnalité soumet ou suspend la réalisation de quelque chose à une exigence particulière. Elle s'avère être une technique visant à rendre deux événements dépendants l'un de l'autre, selon diverses modalités fixées à l'avance⁷³ ». En vérité, le FMI en tant qu'institution financière dispose d'un instrument majeur celui de la conditionnalité de son assistance qui s'impose « comme l'unique moyen pour les pays endettés de rétablir leur crédibilité, qu'ils auraient beaucoup plus de difficulté de reconstruire sans le "certificat de bonne conduite" délivré par le Fonds⁷⁴ ».

- 63 Ainsi, la logique qui sous-tend cette idée, c'est que le FMI se doit de garantir la bonne utilisation des ressources mises à la disposition du pays membre conformément aux objectifs du Fonds. Comme l'a bien résumé John Gold, ancien conseiller juridique principal du FMI, la conditionnalité mise en œuvre par cette institution désigne « les politiques économiques que le fonds souhaite voir suivre par les pays membres pour qu'ils puissent utiliser les ressources du fonds conformément aux objectifs et aux dispositions des statuts⁷⁵ ». Dès lors, il apparaît logiquement qu'il ne peut y avoir de prêt sans conditions : l'absence de conditionnalité équivaldrait, en définitive, à un don.
- 64 Considérées comme source d'hémorragie pour les caisses de l'État, le FMI préconise ces dernières années la rationalisation de la politique de dépenses à travers la privatisation d'un nombre important d'EP qui frôlent la faillite. En effet, cette politique, qui vise à réduire les charges supportées par l'État, entraînerait nécessairement la cession d'actifs publics, avec pour conséquence directe une diminution, voire une disparition, des revenus issus des participations publiques.
- 65 Il convient, à ce titre, de rappeler que selon un rapport du ministère l'Économie, des Finances et de l'Appui à l'Investissement annexé à la Loi de Finance de 2021, l'année 2017 a présenté une année exceptionnelle en matière de mobilisation de financements au profit des EP, avec la signature de 15 accords de prêts, pour un montant total de 715,6 millions de dinars. Ceci est dû essentiellement à la conclusion de trois accords de rétrocession au profit de la SONED, de la STEG et de la BTS⁷⁶. De plus, au cours de l'année 2019, le ministère a conclu 12 accords de prêts avec les EP pour un montant global de

116,6 millions de Dinars contre 9 accords de prêts en 2018 dont la valeur est égale à 97,9 MD.

- 66 Dans le même ordre d'idées, la baisse du rythme d'accroissement de la valeur des arriérés sur les prêts accordés aux EP à la fin de 2019 est expliquée par le rééchelonnement de ces arriérés relatifs à certains établissements à l'instar de l'ONAS, Tunis Air et la SNCFT pour les montants respectifs de 71,3 MD, 2,4 MD et 11,7 MD⁷⁷. Aussi, selon un rapport de la Cour des comptes, les subventions octroyées par l'État aux entreprises publiques ont atteint 5 514 MD en 2019 ; elles ont été réparties entre des subventions d'exploitation (4 859 MD), des subventions d'investissements (560,150 MD), des prêts de trésor et des prêts rétrocédés (95 MD). De plus, les créances des entreprises publiques auprès de l'État ont augmenté de 38,8 %, en passant de 5 449,4 MD à 7 561,7 MD à la fin de 2019, où les subventions non encore octroyées représentent la grande part⁷⁸.
- 67 Cette situation, qualifiée de catastrophique par le FMI, ne saurait perdurer au regard des pertes financières considérables qu'elle engendre pour l'État. En effet, ce dernier se voit régulièrement contraint d'intervenir massivement afin de soutenir ces entreprises en difficulté, en leur allouant des ressources budgétaires importantes, dans le but de prévenir leur faillite et d'éviter des conséquences économiques et sociales, potentiellement déstabilisatrices. Comme le rappelle le Fonds, « il est certes difficile de trouver le bon dosage dans le contexte actuel de marge de manœuvre budgétaire limitée, mais l'inaction coûtera sans doute plus cher, même du point de vue de la viabilité de la dette publique⁷⁹ ».
- 68 Dans cette perspective, la politique de privatisation est présentée par les institutions financières internationales comme un levier stratégique permettant de consolider l'équilibre budgétaire. D'une part, elle permettrait de réduire les dépenses publiques en allégeant la charge que représentent certaines entreprises déficitaires pour le budget de l'État. D'autre part, elle fournirait des ressources additionnelles à travers les revenus de cession, susceptibles de renforcer la capacité de l'État à investir dans des secteurs prioritaires tels que l'éducation, la formation professionnelle, la santé ou encore les infrastructures.

- 69 Au-delà de cet effet immédiat sur les finances publiques, la privatisation est également envisagée comme un outil d'amélioration de la performance économique. Une fois soumises aux règles du marché et à la logique concurrentielle, les entreprises privatisées seraient incitées à accroître leur productivité, à innover, et à améliorer la qualité de leurs services. Ce repositionnement stratégique serait de nature à stimuler la croissance économique, tout en envoyant un signal fort aux investisseurs, traduisant une volonté politique claire de libéralisation et de modernisation du tissu économique national. De manière plus prosaïque, le gain financier apporté suite à la privatisation peut être affecté au désendettement de l'État et peut servir aussi à financer d'autres activités⁸⁰.
- 70 En guise de conclusion, cette vision libérale de la réforme structurelle des EP demeure l'un des points de friction majeurs entre les autorités tunisiennes et le FMI, la question de la privatisation continuant de susciter de vives résistances. Ces résistances se sont d'autant plus accentuées à la suite des déclarations du Président de la République, dont la position affirmée contre la cession des actifs publics a contribué à figer davantage le processus de réforme. Ainsi, le dernier paragraphe analysera précisément cette volonté politique déterminée à obvier à la privatisation des entreprises publiques.

2.2. La manifeste volonté politique d'obvier à la privation des EP

- 71 En 2021, confrontées à une crise budgétaire sans précédent, les autorités tunisiennes ont sollicité l'appui financier du FMI afin de renflouer les caisses de l'État et de contenir le déficit public croissant. Après le passage de deux gouvernements et près de dix-huit mois de négociations, un accord au niveau des services, dit « Staff Level Agreement », a finalement été conclu le 15 octobre 2022. Ce dernier porte sur un nouveau programme d'assistance financière de 48 mois dans le cadre du Mécanisme élargi de crédit⁸¹, pour un montant estimé à 1,472 milliard de droits de tirage spéciaux soit environ 1,9 milliard de dollars américains⁸².
- 72 Il s'agit en réalité du quatrième accord conclu avec le FMI, depuis 2011, après ceux de 2013, 2016 et 2020. Il conditionne le versement des fonds à un ensemble de réformes structurelles,

notamment la réduction progressive de la masse salariale dans la fonction publique, la restructuration des EP ainsi que la suppression progressive des subventions sur les produits de base. D'ailleurs, il a été rendu possible, en grande partie, par le lancement officiel, en juin 2022, des premières mesures de réforme engagées par le gouvernement tunisien dans le cadre d'un ambitieux Programme national des réformes, élaboré en étroite concertation avec le FMI⁸³.

- 73 Ainsi, il apparaît clairement que le FMI a progressivement perdu confiance dans les gouvernements et certaines élites politiques de l'après 2011, accusés de ne pas avoir honoré leurs engagements en matière de réformes économiques, de modernisation de l'administration publique et de bonne gouvernance, malgré les financements substantiels accordés.
- 74 Dans les mois qui ont suivi, plusieurs facteurs ont fragilisé la crédibilité du discours politique tunisien, bloquant ainsi les négociations relatives au nouveau programme d'aide. Outre la résistance persistante de l'UGTT, les tensions internes au sein même de l'exécutif tunisien ont aggravé cette impasse. Tandis que la cheffe du gouvernement en 2022, appuyée par la ministre des Finances, insistait publiquement sur l'urgence d'honorer les conditions préalables à la conclusion du programme avec le FMI, le Président de la République adoptait une posture nettement plus réticente, voire hostile.
- 75 Faute d'un consensus institutionnel clair et d'un engagement politique fort, les discussions avec le FMI sont restées au point mort, notamment sur deux axes majeurs : la restructuration d'un secteur public lourdement endetté comprenant plus d'une centaine d'entreprises, et la levée progressive des subventions sur les produits de base et les carburants. Finalement, le Président a exprimé publiquement son opposition aux conditions imposées par le FMI, dénonçant ce qu'il a qualifié de « provenant de l'étranger et qui ne mènent qu'à davantage d'appauvrissement⁸⁴ ». Pour lui, les services publics, services d'intérêt général, doivent être accessibles à tous et leur périmètre est affaire de choix collectif⁸⁵.
- 76 En vérité, le passage d'une logique de gestion publique à une logique purement marchande soulève de sérieuses interrogations. En effet, l'objectif principal d'une entreprise privée reste la maximisation du

profit, ce qui peut entrer en contradiction avec la mission d'intérêt général que remplit un service public. La privatisation soulève donc une question de fond sur le maintien d'un service universel, accessible, et de qualité, notamment dans les secteurs stratégiques tels que la santé, l'éducation, les transports ou l'eau. Par ailleurs, les salariés seront directement exposés aux conséquences des processus de privatisation. Dans de nombreux cas, ceux-ci s'accompagnent de restructurations, de départs contraints ou de modifications des conditions de travail, souvent justifiées par une recherche accrue de compétitivité⁸⁶.

- 77 Fidèle à ses principes, il a insisté en janvier 2025, lors d'une réunion au palais de Carthage en présence du chef du gouvernement, de la ministre des Finances, et du ministre des Affaires sociales, sur la nécessité de préserver le patrimoine public tout en rationalisant son fonctionnement. De plus, il a souligné que « la justice sociale et l'équité sont les seuls garants de la stabilité et du développement durable⁸⁷ ». On peut observer que ce refus politique s'inscrit dans une critique plus large adressée au FMI, souvent accusé, malgré son discours de neutralité, d'agir comme vecteur du libéralisme mondialisé. Défenseur du « consensus de Washington », le Fonds est soupçonné de promouvoir une vision unidimensionnelle du développement, centrée sur la rigueur budgétaire, la réduction de l'intervention étatique et la priorité absolue à la capacité de remboursement de la dette⁸⁸.
- 78 Ce modèle, fondé sur la performance financière, tend à négliger les réalités sociales, les vulnérabilités humaines et les équilibres politiques internes. Ainsi, dans le cas tunisien comme ailleurs, la conditionnalité imposée par le FMI est perçue comme un frein à un développement humain inclusif et comme un facteur d'érosion de la souveraineté nationale.
- 79 En effet, la question de l'amenuisement de la souveraineté, notamment dans sa dimension budgétaire, a constitué l'un des principaux arguments avancés par le pouvoir exécutif pour justifier son opposition aux conditionnalités imposées par le FMI. Il est plausible d'admettre que la Tunisie postrévolutionnaire, et même durant les dernières années de l'ancien régime, a vu sa souveraineté budgétaire sérieusement ébranlée, les marges de manœuvre des

gouvernements successifs ayant été largement contraintes par des impératifs de financement extérieur. Il convient de rappeler ce que martelait l'économiste français Jacques Rueff : « c'est par les déficits que les hommes perdent la liberté, c'est aussi la souveraineté des États qui est affectée⁸⁹ ».

- 80 La dépendance chronique vis-à-vis de l'endettement extérieur a restreint la capacité de l'État à définir librement ses choix budgétaires et à élaborer une politique économique souveraine. Ce recours massif à l'emprunt, souvent conditionné par des réformes structurelles imposées de l'extérieur, a progressivement substitué aux impératifs de justice sociale, d'équité régionale et de service public, des logiques de rentabilité financière et de discipline macroéconomique. Toutefois, le rejet explicite par le Président de la République des conditionnalités du FMI, a eu des répercussions significatives sur la position de la Tunisie sur la scène financière internationale. Cette posture a été perçue, tant par les bailleurs de fonds que par les agences de notation, comme un signe d'instabilité politique et de faiblesse de la volonté réformatrice, à un moment où le pays fait face à une crise économique et budgétaire d'une ampleur inédite.
- 81 D'un point de vue financier, la déprogrammation de l'examen du dossier tunisien lors de la mise à jour de son calendrier, le 14 décembre 2022, a compromis l'accès aux financements extérieurs. En effet, le FMI joue un rôle catalyseur dans l'ouverture de lignes de crédit multilatérales et bilatérales, conditionnant de fait la confiance des autres partenaires internationaux.
- 82 Avant de conclure, il nous semble loisible d'affirmer que la privatisation n'est pas un but en soi ni un mal en soi, mais il demeure fondamental que les décideurs politiques tunisiens tirent des leçons des expériences internationales en la matière. Le désastre du train britannique ou les problèmes énergétiques de la Californie illustrent les dérives possibles d'une « privatisation sans réglementation⁹⁰ », où l'intérêt général est sacrifié au profit de logiques purement marchandes. De plus, contrairement à la France, où les opérations de privatisation sont encadrées par l'article 34 de la Constitution et peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel⁹¹, la Tunisie ne dispose pas, à ce jour, d'un

cadre institutionnel équivalent. L'absence de Cour Constitutionnelle fonctionnelle, aussi bien sous la Constitution de 2014 que dans la nouvelle Constitution de 2022, soulève de sérieuses interrogations quant aux mécanismes de contrôle et de régulation des politiques de privatisation.

- 83 En guise de conclusion, une question essentielle reste à poser : la Tunisie est-elle en mesure de concevoir et de mettre en œuvre un modèle alternatif de développement, fondé sur ses propres priorités sociales, économiques et culturelles, à l'abri des injonctions libérales et des logiques purement comptables des bailleurs internationaux ? Autrement dit, comment bâtir un modèle capable de concilier l'exigence de justice sociale, efficacité économique, consolidation démocratique et souveraineté nationale réelle ?

NOTES

- 1 Voir P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 3^e édition, 2025, p. 581.
- 2 K. BEN MESSAOUD, « La notion d'entreprise publique », *Le droit des entreprises publiques*, actes du colloque tenu à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis les 11 et 12 mars 2005 sous la direction de Ben H. BEN SALAH et A. AOUIJ MRAD, Tunis, Association tunisienne du droit administratif, p. 5.
- 3 Banque Mondiale, « Pour une meilleure gouvernance des entreprises publiques en Tunisie », rapport n° 78675, mars 2014, p. 7. Disponible sur : < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/403271468108834785/pdf/768750WP0P13380ubliques000Mars02014.pdf> >, consulté le 28/05/2025.
- 4 A. AOUIJ MRAD, *Droit Public de l'Économie*, Tunis, Édition Latrach, 2019, p. 125.
- 5 D. LINOTTE, D. PIETTE et R. ROMI, *Droit public économique*, Paris, LexisNexis, 2022, 9^e édition, p. 393.
- 6 A. DELION, « La notion d'entreprise publique », *AJDA*, n° 4, 1979, p. 3.
- 7 J. RIVERO, « Les deux finalités du service public industriel et commercial », *CJEG*, juin 1994, p. 376.
- 8 K. BEN MESSAOUD, « La notion d'entreprise publique », *op. cit.*, p. 6.

- 9 Voir : *Journal Officiel de la République Tunisienne*, n° 9, 7 février 1989, p. 203-206.
- 10 En droit tunisien, l'EPNA constitue une variante de l'établissement public industriel et commercial (EPIC).
- 11 On peut citer aussi la Société nationale des chemins de fer tunisiens (SNCFT), l'Agence foncière d'habitation, la Société des transports de Tunis (TRANSTU) et la Société Tunisienne des Industries de Raffinage...
- 12 A. Mestre, *Les services publics de l'administration tunisienne*, Tunis, Centre de recherche et d'études administratives de l'École nationale d'Administration, 1997, p. 150.
- 13 Aussi on peut citer : le Groupe Chimique Tunisien (GCT), la Société du Djebel Djerissa (SDD) et la Société Nationale de Distribution des Pétroles (SNDP)...
- 14 BM, « Pour une meilleure gouvernance des entreprises publiques en Tunisie », *op. cit.*, p. 2.
- 15 M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Les Politiques publiques, Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985.
- 16 Y. MÉNY et J.-C. THOENIG, *Politiques Publiques*, Paris, PUF, coll. « Thémis, science politique », 1989.
- 17 J.-C. THOENING, *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 5^e édition, 2019, p. 462.
- 18 A. BOUACHIC, *Les privatisations au Maroc*, Casablanca, éd., Marocco printing and publishin.co, 1982, p. 252, cité par N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 69.
- 19 N. THIRON, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Paris, LGDJ, 2002, p. 2.
- 20 Site officiel de la direction générale de la privatisation, Présidence du Gouvernement. [En ligne] : < <https://privatisation.pm.gov.tn/fr/concept-et-objectifs-de-la-privatisation> >, consulté le 28/05/2025.
- 21 D. PENE, « La privatisation en France », *L'actualité juridique, droit administratif*, tome 43, 1987, p. 295.
- 22 E.-S. SAVAS, *Privatisation et partenariats public-privé*, Paris, Éditions Nouveaux Horizons, 2002, p. 250.

- 23 D. LINOTTE, D. PIETTE et R. ROMI, *op. cit.*, p. 375.
- 24 Voir BM, *Rapport sur le développement dans le monde*, Paris, Éditions Économica, 1983.
- 25 S. BESSIS, « Banque mondiale et FMI en Tunisie : une évolution sur trente ans », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, tome XXVI, 1987, p. 139.
- 26 F. ALIRIZA, « L'impact et l'influence des institutions financières internationales sur le Moyen-Orient et l'Afrique du nord. Périphérie perpétuelle : les IFI et la reproduction de la dépendance économique de la Tunisie », Paris, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2020, p. 5.
- 27 FMI, « Prêts du FMI », fiche technique, Washington DC, le 22 février 2021.
- 28 S. ELBAZ, « Quand le régime du “changement” prône la “stabilité” mots et trajectoire de “développement” en Tunisie », *Revue Tiers Monde*, vol. 2009/4, n° 200, 2009, p. 822.
- 29 S. CHAKER, « Impacts sociaux de l'ajustement structurel : cas de la Tunisie », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 10, n° 1, 1997, p. 152.
- 30 A. GRISSA, « Le secteur public et le rôle de l'État », Institut arabe des chefs d'entreprises, 1992, p. 163.
- 31 R. DRAGO, *Quel avenir pour les entreprises publiques ?*, Paris, PUF, 2000, p. 12.
- 32 J. CHEVALIER, *Le service public*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2022, p. 6.
- 33 FMI, « Tunisie – L'union d'un peuple, l'accomplissement d'une destinée, Allocution de Christine Lagarde, Directrice générale, Fonds monétaire international, Banque centrale de Tunisie », 09/09/2015. [En ligne] : < <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp090915> >, consulté le 28/05/2025.
- 34 Il s'agit d'un Accord de Confirmation d'un montant de 1,74 milliard de dollars portant sur 24 mois.
- 35 Le conseil d'administration du FMI a approuvé le 20 mai 2016 une nouvelle facilité au titre du Mécanisme Élargi De Crédit de 48 mois pour un montant d'environ 1,9 milliard de dollars.
- 36 Le conseil d'administration du FMI a approuvé un décaissement de 545,2 millions de DTS, soit l'équivalent de 745 millions de dollars ou 100 % de la quote-part en faveur de la Tunisie au titre de l'instrument de financement rapide afin d'appuyer les mesures proactives prises par la Tunisie en riposte à la pandémie de Covid-19.

37 FMI, « Le Printemps arabe, un an plus tard Christine Lagarde Directrice générale, Fonds monétaire international », 06/12/2015. [En ligne] : < <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp120611> >, consulté le 28/05/2025.

38 R. BEN ACHOUR, « La constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 100, 2014, p. 783.

39 Voir M. OTTAWAY, « Tunisia: Political Parties and Democracy in Crisis », Wilson Center, 2021. [En ligne] : < <https://www.wilsoncenter.org/article/tunisia-political-parties-and-democracy-crisis> >, consulté le 28/05/2025.

40 Il s'agit de la principale centrale syndicale en Tunisie car comportant d'environ 800 000 adhérents selon le Monde Afrique, source [En ligne] : < https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/12/16/en-tunisie-le-raïdissement-de-l-ugtt-contre-le-pouvoir-rebat-les-cartes-politiques_6154691_3212.html >, consulté le 28/05/2023.

41 B. HIBBOU et S. KHIARI, « La Révolution tunisienne ne vient pas de nulle part », *Politique africaine*, n° 121, mars 2011, p. 23.

42 BM, « Pour une meilleure gouvernance des entreprises publiques en Tunisie », Rapport n° 78675-TN, mars 2014, p. 25. [En ligne] : < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/403271468108834785/pdf/768750WPOP13380ubliques000Mars02014.pdf> >, consulté le 28/05/2025.

43 BM, « Tunisie : une étude de la Banque mondiale dévoile la manipulation de la réglementation par les anciens responsables du régime », communiqués de presse, 27 mars 2014.

44 D. NOOMAN-BEJAOU, « Les privatisations en Tunisie », thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit, Université Paris-Dauphine, 2014, p. 209.

45 R. TUTTLE et J. BROWNING, « QTel, Princesse to Buy Orascom's Tunisiana Stake », 22 novembre 2010. [En ligne] : < <https://www.bloomberg.com/news/articles/2010-11-22/qatar-telecom-unit-princesse-to-buy-50-tunisiana-stake-for-1-2-billion> >, consulté le 28/05/2025.

46 M. HELLAL, « Tunisie : une économie du tourisme en crise », in Institut français des relations internationales, Dominique DAVID et Thierry DE MONTBRIAL (dir.), *Ramses 2022. Au-delà du Covid*, Paris, Dunod, 2021, p. 286.

47 V.-I. LENINE, *La Maladie infantile du communisme : le gauchisme*, Paris, Éditions sociales, 1968, p. 80.

48 L'ANC a été théoriquement élue pour élaborer la Constitution dans un délai maximum d'un an à compter de la date de son élection mais elle a ignoré cette limite temporelle. Voir décret n° 2011-1086 du 03/08/2011 portant convocation du corps électoral pour l'élection de l'Assemblée nationale constituante pour le 23 octobre 2011.

49 R. BEN ACHOUR et S. BEN ACHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 92, 2012, p. 715.

50 BM, présentation de son rapport « La révolution inachevée : créer des opportunités, des emplois de qualité et de la richesse pour tous les Tunisiens ». [En ligne] : < <https://www.banquemondiale.org/fr/country/tunisia/publication/unfinished-revolution> >, consulté le 28/05/2025.

51 BM, « Rompre avec le passé pour libérer le potentiel de l'économie tunisienne », communiqué de presse, 17/09/2025. [En ligne] : < <https://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2014/09/17/world-bank-report-breaking-with-past-unleash-tunisia-economic-potential> >, consulté le 28/05/2025.

52 S. SFAXI, « L'équilibre budgétaire et le Fonds Monétaire International en Tunisie », mémoire de recherche pour l'obtention du diplôme de Master de recherche en droit public, Université de Sousse, 2023, p. 112.

53 FMI, « Tunisie : résilience et transformation – Commentaire de Masood Ahmed, Directeur du Département Moyen orient et Asie centrale du Fonds », 27/03/2015. [En ligne] : < <https://www.imf.org/fr/News/Articles/VC/vc032715> >, consulté le 28/05/2025.

54 FMI, « Le Printemps arabe, un an plus tard Christine Lagarde Directrice générale, Fonds monétaire international », 06/12/2025. [En ligne] : < <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp120611> >, consulté le 28/05/2025.

55 Des changements fréquents de chefs de gouvernements et plusieurs remaniements ministériels ont eu lieu durant cette période. En fait, entre 2014 et 2019 le pays a connu 3 chefs de gouvernements. D'abord, **Mehdi Jomaa** qui a remplacé Ali Laarayedh, ce dernier a cédé la place à un gouvernement de technocrates mené par JOMAA après avoir obtenu la confiance de l'assemblée constituante le 29 janvier 2014 et ce dans un contexte de tension politique extrême. Seulement une année plus tard, **Habib Essid** a été désigné par le Président Caid Essebsi, en sa qualité de candidat du parti vainqueur des élections législatives du 26 octobre 2016.

Suite à son obtention de la confiance de l'Assemblée des représentants du peuple, il a succédé à Jomaa. Enfin, le gouvernement de **Youssef Chahed** qui a succédé le 27 août 2016 à celui de Essid.

56 R. BEN ACHOUR et S. BEN ACHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *op. cit.*, p. 722.

57 A. MESTRE, « La Tunisie à l'heure de la planification libérale », *Revue Tunisienne de droit*, 1973, p. 107.

58 Voir BM, « Échapper à l'austérité en accélérant la croissance », Rapport Hiver 2013, 2013, 13 p.

59 Le dirigeant d'une mission du FMI qui a séjourné à Tunis du 12 au 27 novembre 2013 dans le cadre de la première et deuxième revue du programme économique et de réformes appuyées par un accord de confirmation de 24 mois, a d'ailleurs déclaré que « des incidents sécuritaires ont eu un impact négatif sur la confiance dans l'économie tunisienne, se traduisant par un ralentissement de la croissance, un retard dans la mise en place des réformes et un prolongement de l'attentisme des investisseurs ». Communiqué de presse disponible en ligne : < <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr13482> >, consulté le 28/05/2025.

60 « Mehdi Jomâa : Les entreprises publiques souffrent d'un déficit de 3 milliards de dinars », 14/05/2014. [En ligne] : < <https://www.jawharafm.net/fr/article/mehdi-jomaa-les-entreprises-publiques-souffrent-dun-deficit-de-3-milliards-de-dinars/93/9127?utm> >, consulté le 28/05/2025.

61 BM, « La Révolution Inachevée Créer des opportunités, des emplois de qualité et de la richesse pour tous les Tunisiens », *Revue des politiques de développement*, mai 2014, p. 102.

62 FMI, Communiqué de presse : Le Conseil d'administration du FMI achève la troisième revue de l'accord de confirmation en faveur de la Tunisie et approuve un décaissement de 225 millions de dollars EU, 25/04/2014. [En ligne] : < <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr14177> >, consulté le 28/05/2025.

63 « MIQYES 2017 : Un bulletin de santé des PME tunisiennes en demi-teinte », 17/03/2018. [En ligne] : < <https://www.webmanagercenter.com/2018/03/17/417389/miqyes-2017-un-bulletin-de-sante-des-pme-tunisiennes-en-demi-teinte/> >, consulté le 28/05/2025.

64 Source : < <https://www.tustex.com/politique-actualites-gouvernement/youssef-chahed-il-n-est-pas-question-de-privatiser-les-entreprises-pu> >

liques >, consulté le 28/05/2025.

65 « Tunisie : Privatisation des entreprises publiques, Youssef Chahed dément », disponible sur : < <https://www.webdo.tn/fr/actualite/national/tunisie-privatisation-entreprises-publiques-youssef-chahed-dement/155455/> >, consulté le 28/05/2025.

66 Dans une interview publiée le 18/10/2017 par l'agence de presse TAP, le secrétaire général de l'UGTT a déclaré que « Les entreprises comme la STEG ou la SONEDE ne sont pas déficitaires mais ont cumulé d'énormes arriérés auprès d'établissements publics et privés et il faut aujourd'hui étudier leurs situations et leur trouver des solutions, au cas par cas ». [En ligne] : < <https://www.tustex.com/politique-actualites-gouvernement/youssef-chahed-il-n-est-pas-question-de-privatiser-les-entreprises-publiques> >, consulté le 20/11/2025.

67 H. AYADI, « Le mythe de la réforme fiscale », in *Mélanges en l'honneur du doyen Mohamed Larbi Fadhel Moussa*, Tunis, Hanns Seidel Stiftung, 2022, 1^{re} édition, p. 277.

68 *Ibid.*

69 Par exemple, selon le « Rapport sur la dette publique » annexé à la Loi de finance de 2021, dans la zone Euro, la croissance économique a connu un ralentissement marqué, atteignant 1,2 % en 2019 contre 1,9 % en 2018 et 2,4 % en 2017. Concernant les États-Unis, le rythme de croissance a régressé à 2,3 % en 2019 contre un taux de 2,9 % en 2018. Rapport disponible en ligne sur : < <http://www.gbo.tn/sites/default/files/2021-04/Annexe%207%20LF2021%20Dette%20Publique.pdf> >, consulté le 28/05/2025.

70 PNUD, « Impact économique du COVID-19 en Tunisie : Analyse en termes de vulnérabilité des ménages et des micros et très petites entreprises », étude élaborée par PNUD-Tunisie en collaboration avec le ministère du Développement, de l'investissement et de la Coopération Internationale (MDICI), p. 17.

71 FMI, « Rapport sur la stabilité financière dans le monde », résumé analytique, avril 2023, p. 4.

72 N. MSADEK, « Les institutions financières internationales et les finances publiques », thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Université de Sousse, 2018, p. 31.

- 73 O. PEJOUT, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », vol. 188, 2019, p. 5.
- 74 M. AGLIETTA et S. MOATTI, *Le FMI : de l'ordre monétaire aux désordres financiers*, Paris, Éditions Économica, 2000, p. 66.
- 75 Voir J. GOLD, « Conditionality », *IMF Pamphlet Series*, n° 31, FMI, 1979, 51 p.
- 76 Selon le rapport il s'agit de la rétrocession du crédit du Fonds Koweïtien pour le Développement Économique Arabe (FKDEA) au profit de la Société Nationale d'Exploitation et de Distribution des Eaux (SONEDE) dont le montant est de 22 millions de dinars Koweïtien, la conclusion d'une convention de rétrocession du prêt accordé par le Fonds Saoudien de Développement au profit de la (STEG) d'un montant de 483,75 millions de Riyal Saoudien, et l'octroi d'un crédit du budget de l'État à la Banque Tunisienne de Solidarité (BTS) d'un montant de 125 MD.
- 77 République Tunisienne ministère de l'Économie, des Finances et de l'Appui à l'Investissement, « Rapport sur la dette public », 2020, p. 52.
- 78 Cour des comptes, « Rapport sur le règlement du budget de l'État Gestion 2019 », Tunisie, décembre 2021, p. 10.
- 79 FMI, « Moniteur des finances publiques », résumé analytique, 5 octobre 2016.
- 80 Voir A.-G. DELION et M. DURUPTY, « Chronique des entreprises publiques », RFAP, 1993, p. 155.
- 81 Voir FMI, « Mécanisme élargi de crédit (MEDC) du FMI », fiche technique, Washington DC, avril 2014.
- 82 FMI, « Les services du FMI parviennent à un accord au niveau des services avec la Tunisie au titre du mécanisme élargi de crédit », communiqué de presse, n° 22/353, 15 octobre 2022.
- 83 Voir PNR [En ligne] : < <https://pm.gov.tn/fr/article/programme-national-des-reformes-volet-stabilisation-economique-et-financiere> >, consulté le 28/05/2025.
- 84 M. HUTTON, « Tunisie : Kaïs Saïed peut-il tenir sans l'aide du FMI ? ». [En ligne] : < <https://information.tv5monde.com/afrique/tunisie-kaïs-saïed-peut-il-tenir-sans-l'aide-du-fmi-2282047> >, consulté le 28/05/2025.
- 85 T. ANDRÉANI, « La privatisation des services publics est une privatisation de la démocratie », *Actuel Marx*, 2003/2, n° 34, p. 43.

86 D. CHRISTOPHE, *L'Économie en 100 mots d'actualité*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, Hors collection « Économie/Gestion », 2019, p. 172.

87 R. B. H, « Kaïs Saïed : pas de privatisation, mais une réforme en profondeur ! », 21/01/2025. [En ligne] :
< <https://businessnews.com.tn/2025/01/21/kais-saied-pas-de-privatisation-mais-une-reforme-en-profondeur/1350893/> >, consulté le 20/11/2025.

88 M. RAFFINOT, *Dette extérieure et ajustement structurel*, Vanves, EDICEF, 1991, p. 125.

89 M. BOUVIER, « Solidarité budgétaire des États et métamorphose de la souveraineté politique », *RFFP*, n° 155, septembre 2021, p. 88.

90 D. LINOTTE, D. PIETTE et R. ROMI, *Droit public économique*, op. cit., p. 379.

91 Dans le cadre du contrôle du respect de la préservation de l'intérêt public patrimonial lors de la privatisation, le CC a affirmé que la privatisation ne doit pas détériorer le capital de l'État et doit avoir une contrepartie à son profit. Voir CC 25-26 juin 1986, § 58.

RÉSUMÉS

Français

Héritières d'un modèle économique centralisé et longtemps perçues comme des piliers de l'État providence tunisien, les entreprises publiques (EP) occupent, depuis la révolution de 2011, une place centrale dans le débat politique et économique. Accusées de fragiliser les finances publiques en raison de déficits structurels, d'une gouvernance défaillante et d'une dépendance chronique aux subventions, elles sont devenues un enjeu majeur de réforme dans un contexte marqué par la fragilité institutionnelle et les revendications sociales. La privatisation des EP, loin de constituer une orientation univoque, s'est révélée mouvante et plurielle. Oscillant entre les attentes d'une population attachée à la justice sociale et les impératifs de rigueur budgétaire renforcés par les institutions financières internationales, les gouvernements successifs ont adopté des approches différenciées, souvent contradictoires. Cette pluralité justifie le recours à la notion de « politiques de privatisation », qui reflète la diversité des temporalités, des instruments juridiques mobilisés et des logiques politiques sous-jacentes. Depuis 2011, ces politiques sont apparues au croisement de deux dynamiques structurelles : d'une part, des contraintes internes liées à la crise financière de l'État, aux déficits des EP et aux fortes résistances sociales et syndicales ; d'autre part, les conditionnalités imposées ou implicitement suggérées par le Fonds monétaire international (FMI),

partenaire financier devenu incontournable. L'étude menée montre que la période 2011-2019 se caractérise par une évolution en deux temps : un rejet quasi absolu des privatisations durant la phase révolutionnaire et constituante (2011-2014), suivi d'une réintroduction prudente et hésitante du discours réformateur à partir de 2014, sans réelle mise en œuvre. Ce n'est qu'à partir de 2019 que les politiques de privatisation s'inscrivent dans un rapport de force plus affirmé entre le FMI et les autorités tunisiennes, dans un contexte de crise économique aggravée et de besoin pressant de financement externe.

English

Heirs to a centralized economic model and long perceived as pillars of the Tunisian welfare state, public enterprises (PEs) have occupied a central place in the political and economic debate since the 2011 revolution. Accused of weakening public finances due to structural deficits, flawed governance, and chronic dependence on subsidies, they have become a major focus of reform in a context marked by institutional fragility and social demands. The privatization of PEs, far from being a single, unified approach, has proven to be fluid and multifaceted. Oscillating between the expectations of a population committed to social justice and the imperatives of budgetary rigor reinforced by international financial institutions, successive governments have adopted differentiated, often contradictory, approaches. This plurality justifies the use of the concept of "privatization policies," which reflects the diversity of timeframes, legal instruments employed, and underlying political logics. Since 2011, these policies have emerged at the intersection of two structural dynamics: on the one hand, internal constraints linked to the state's financial crisis, public sector deficits, and strong social and labor resistance; on the other hand, the conditionalities imposed or implicitly suggested by the International Monetary Fund (IMF), a financial partner that has become indispensable. The study shows that the period from 2011 to 2019 is characterized by a two-stage evolution: a near-absolute rejection of privatizations during the revolutionary and constituent phase (2011-2014), followed by a cautious and hesitant reintroduction of reformist rhetoric from 2014 onward, without any real implementation. It is only from 2019 onward that privatization policies have become part of a more pronounced power struggle between the IMF and the Tunisian authorities, in a context of a worsening economic crisis and a pressing need for external financing.

INDEX

Mots-clés

privatisation, entreprises publiques, service public, conditionnalités, pressions sociales

Keywords

privatization, public enterprises, public service, conditionalities, social pressures

AUTEUR

Sarra Sfaxi

Doctorante en droit international, européen et comparé au Centre de droit International, membre de l'équipe de droit international, européen et comparé de la faculté de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3 et de la faculté de Droit et des Sciences Politiques – Université de Sousse (Tunisie)

IDREF : <https://www.idref.fr/28010068X>

Protéger sans acquérir ? La privatisation discrète de la protection des espaces naturels inspirée du modèle américain des *conservation easements*

Patricia Benezech-Sarron

DOI : 10.35562/droit-public-compare.751

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Institutionnalisation de servitudes de conservation : une manifestation conceptuelle de l'externalisation patrimoniale
 - 1.1. La reconnaissance des servitudes de conservation comme zone de protection forte
 - 1.2. La valorisation fiscale des servitudes de conservation
2. Planification des servitudes de conservation : un obstacle structurel à une externalisation patrimoniale
 - 2.1. L'indépendance des législations : un frein à la reconnaissance des servitudes de conservation par le droit de l'urbanisme
 - 2.2. La mise en œuvre contractuelle des trames verte et bleue avec les ORE : un moyen d'intégrer les documents de planification

TEXTE

- 1 La protection des espaces naturels se passera-t-elle demain de la maîtrise foncière publique ? L'interrogation peut sembler étonnante voire provocante lorsque l'on sait que la puissance publique a très tôt fait de l'emprise sur les choses un instrument central de sa capacité d'action. Historiquement, la maîtrise des ressources naturelles et des milieux géographiques stratégiques a été au cœur de l'affirmation de la souveraineté de l'État moderne. Le contrôle des littoraux conditionnait sa puissance maritime ; la possession des fleuves favorisait le commerce et la défense ; la préservation des forêts répondait aux besoins d'une marine en développement. D'ailleurs, les appropriations publiques environnementales persistent et sont au

contraire facilitées par le recours à des mécanismes exorbitants du droit commun. Le droit de préemption environnemental est ainsi une prérogative quasi exclusive des personnes publiques¹. C'est notamment le cas du droit de préemption à l'initiative des départements (pouvoir d'initiative qui coexiste avec un certain pouvoir d'initiative du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres²) au sein des espaces naturels sensibles (ENS³), ce droit pouvant être exercé par délégation ou substitution par d'autres personnes publiques⁴. Dans le cadre de cette « politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non⁵ », le département peut acquérir par voie amiable, par voie de préemption ou par voie d'expropriation des terrains sous réserve de leur ouverture au public⁶. Le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres peut, quant à lui, « exproprier tous droits immobiliers⁷ ». Cette possibilité lui est offerte alors même que le bien est inscrit en site classé, situé en zone de préemption des espaces naturels sensibles, protégé par les dispositions de la loi littorale, et classé en zone naturelle⁸.

- 2 Enfin, l'action foncière des personnes publiques en matière environnementale est soutenue par des dispositifs fiscaux incitatifs. Les acquisitions réalisées à cette fin bénéficient en principe, d'une exonération des droits de mutation à titre onéreux⁹, ce qui allège sensiblement leur coût d'enregistrement. Par ailleurs, les collectivités territoriales, notamment les départements dans le cadre de la politique des espaces naturels sensibles, peuvent mobiliser le produit de la taxe d'aménagement¹⁰, affecté en partie à l'acquisition et à la gestion de biens fonciers à vocation environnementale.
- 3 La maîtrise foncière publique des espaces naturels a ainsi toujours été soutenue, tant par des mécanismes exorbitants du droit commun que par des outils fiscaux. Elle repose sur un paradigme assez largement partagé ou à tout le moins sur un choix politique selon lequel la propriété publique, affectée ab initio à l'intérêt général, doit être privilégiée pour protéger ces espaces : « cette intense création législative, confortée par la jurisprudence, consacre donc l'idée selon laquelle l'appropriation publique des biens environnementaux constitue, en définitive, le système de protection le plus efficace¹¹ ».

- 4 Le propos pourrait alors se limiter à cette analyse. Mais à y regarder de plus près, ce modèle semble s'essouffler et cela depuis une vingtaine d'années. Les deux piliers institutionnels de protection des milieux naturels que sont le Conservatoire du littoral et la politique des espaces naturels sensibles en France souffrent de la conjoncture économique et fiscale mais également d'un manque de volontarisme politique. Pourtant, l'objectif affiché d'atteindre 320 000 hectares acquis par le Conservatoire du littoral à l'horizon 2050¹² et la multiplication des ENS dans les départements plaident pour une couverture croissante du territoire par des outils publics de maîtrise foncière. Mais la réalité des chiffres des acquisitions par le Conservatoire du littoral dresse un tableau tout autre : la moyenne historique de 3 000 ha/an (période 2005-2015) est aujourd'hui divisée par deux voire davantage¹³. L'année 2023 est marquée par une baisse significative du rythme d'acquisition : 1 701 hectares ont été acquis en 2023, soit un recul de plus de 35 % par rapport à la moyenne historique de 3 000 hectares. Le chiffre établi pour 2024 s'élève à 1 750 hectares, confirmant la tendance¹⁴. Les raisons sont multiples et s'expliquent notamment par le plafonnement de la taxe annuelle sur les engins maritimes à usage personnel qui finance les actions du Conservatoire¹⁵, par l'augmentation des coûts du foncier sur le littoral ainsi que l'augmentation continue des charges de gestion des sites déjà acquis. Dès 2008, la Cour des comptes invitait le Conservatoire du littoral à accroître ses ressources propres via notamment le mécénat. Dans un référé du 28 janvier 2013, la Cour des comptes réitérait ses recommandations en les intensifiant, en particulier sur le volet budgétaire¹⁶. La Cour des comptes soulignait notamment « l'inadéquation entre les moyens alloués et l'objectif fixé à l'horizon 2050 d'assurer la protection de 20 % du littoral métropolitain et ultra-marin ». La Cour des comptes notait que « les objectifs d'acquisition fixés en 2005 pour la stratégie 2050 impliqueraient d'acquérir 5 200 hectares par an contre 3 000 hectares en moyenne sur la période examinée ». Elle en concluait que pour atteindre les objectifs, le Conservatoire « devrait voir ses ressources doubler, ce qui est manifestement irréaliste ». Ainsi, dès 2013 il était établi que le Conservatoire du littoral n'avait pas les moyens de ses ambitions. D'où la recommandation de la Cour des comptes de réviser sa stratégie 2050, afin d'adapter les objectifs

d'acquisition foncière aux ressources financières et humaines susceptibles d'être affectées au Conservatoire du littoral.

- 5 Le constat s'avère encore plus préoccupant s'agissant des acquisitions foncières réalisées par les départements au titre de la politique des ENS. La part départementale de la taxe d'aménagement constitue une ressource déterminante dans la mise en œuvre de la politique de préservation des espaces naturels. Son produit a connu une progression continue au cours des dernières décennies¹⁷. Toutefois, cette dynamique budgétaire globale contraste avec la diminution marquée des crédits spécifiquement consacrés aux acquisitions foncières. En 2000, 21 % du produit de la taxe étaient affectés à l'achat d'E.N.S. par les départements¹⁸. Cette proportion chute à 11 % en 2011, puis à 3 % en 2015, révélant un net infléchissement des priorités d'investissement¹⁹.
- 6 La pérennité du financement des ENS apparaît d'autant plus incertaine que celui-ci repose quasi exclusivement sur le produit de la part départementale de la taxe d'aménagement. Or, cette taxe est calculée en fonction des surfaces de plancher créées lors des opérations de construction. Dans ce contexte, les objectifs nationaux de sobriété foncière et la mise en œuvre progressive de l'objectif de zéro artificialisation nette (ZAN) conduisent mécaniquement à une réduction du nombre de constructions nouvelles, et donc à une contraction prévisible de l'assiette de la taxe. Cette évolution structurelle menace à terme la capacité des départements à maintenir un niveau de financement stable en faveur de la politique ENS.
- 7 Cette tendance au désengagement de la puissance publique ne se limite pas à la maîtrise foncière publique en matière environnementale. Elle se rattache plus largement à une dynamique d'externalisation des propriétés publiques qui est « devenue le nouveau vecteur d'évolution du droit des biens des personnes publiques²⁰ ». Plus récemment encore, Caroline Chamard-Heim a ravivé l'interrogation en ces termes : « Va-t-on à nouveau vers un “État sans domaine” ?²¹ »
- 8 Appliquée aux espaces naturels, la question initiale, protéger sans acquérir, s'impose avec une acuité renouvelée à mesure que se développent des outils permettant le contournement des acquisitions

publiques environnementales. Elle entre en résonance avec la publication par le Sénat d'une note de législation comparée (Australie – Canada – États-Unis – Suisse) sur « Les outils juridiques de protection des terres privées » réalisée en janvier 2025 à la demande de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable. De tels outils peuvent évidemment compléter utilement l'arsenal juridique existant mais également renouveler, voire à terme remplacer, une maîtrise foncière publique environnementale à bout de souffle.

- 9 La problématique rencontrée est la suivante : le développement d'alternatives aux acquisitions publiques environnementales serait une des manifestations modernes de l'externalisation patrimoniale pouvant conduire à une forme de privatisation en matière environnementale. Classiquement, en matière patrimoniale, l'externalisation désigne la cession au profit d'une personne privée de la propriété d'un bien public appartenant à une personne publique. Une partie de la doctrine adopte une acception très large de cette notion qui désignerait « une opération visant à céder à une personne privée la propriété ou la gestion d'un immeuble public utilisé par une personne publique, soit une opération conduisant une personne publique à exercer une activité sur un immeuble réalisé et détenu par une personne privée²² ». Une telle définition apparaît néanmoins excessivement englobante au point qu'elle inclurait toute location d'un bien privé par une personne publique²³. Nous nous proposons ainsi d'ajouter un critère restrictif à cette définition extensive. C'est ainsi que l'externalisation en matière patrimoniale désignerait le renoncement à la propriété publique, qui pourrait se manifester de deux manières ; soit de façon classique, par la cession à une personne privée de la propriété d'un bien public appartenant à une personne publique, soit de manière renouvelée par le choix délibéré de ne pas acquérir un bien privé lorsque des dispositifs alternatifs offrent des garanties équivalentes à celles de l'appropriation publique.
- 10 À cette fin, l'étude aura recours à des éléments de droit comparé en retenant une approche dite « micro comparative ». Elle s'appuiera en particulier sur les *conservation easements* américaines (servitudes de conservation²⁴). Elles désignent le transfert volontaire par un propriétaire foncier d'une partie de ses droits de propriété à un organisme de conservation de protection de la nature. Elles ont été

intégrées et adaptées en France en 2016 avec le mécanisme des obligations réelles environnementales²⁵. Aux États-Unis, le déploiement de nombreuses *conservation easements* sur des terres privées a fortement influencé ces dernières, si bien qu'elles seraient devenues les *new public lands*²⁶, c'est-à-dire les « nouvelles terres publiques ». Les *new public lands* désigneraient une catégorie hybride de droits sur des terres privées sur lesquelles l'État fédéral ou une entité publique est propriétaire de la partie du titre qui représente une valeur écologique, le reste du titre étant entre des mains privées, davantage centré sur les utilisations économiques productives. Il s'agit en somme de protéger sans acquérir. En effet, les *conservation easements* aux États-Unis ont été déployées alors que l'on observait concomitamment un renoncement aux acquisitions publiques environnementales. Pourtant, au cours des ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles, le gouvernement fédéral avait acquis de nombreuses terres publiques sur lesquelles il détient des droits exclusifs. Les États-Unis détiennent environ un tiers des terres du pays²⁷. Ce mouvement d'acquisition de terres publiques a très largement ralenti, en raison notamment de l'affaiblissement du financement public²⁸. Parallèlement, la réglementation publique relative à l'utilisation des sols a été contestée. C'est pourquoi depuis plusieurs années, les États-Unis renouvellent la protection des espaces naturels en acquérant des droits sur des propriétés privées *via* notamment les *conservation easements*²⁹. C'est ainsi que de nombreuses servitudes de conservation sont détenues par des entités gouvernementales fédérales, étatiques, locales et régionales³⁰. Les servitudes de conservation détenues par une entité publique couvriraient une surface de plus de 11 millions d'acres³¹.

- 11 La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a introduit la notion d'obligations réelles environnementales (ORE) en droit français. Elles permettent également de contourner les acquisitions publiques environnementales. Les *conservation easements* ainsi que les ORE sont, non seulement des mécanismes permettant une véritable alternative patrimoniale aux acquisitions publiques environnementales très onéreuses, mais également des mécanismes garantissant une affectation environnementale sur des biens privés délestés de la propriété publique. Dès leur introduction, elles ont

d'ailleurs été présentées comme une alternative aux acquisitions foncières publiques³².

- 12 Cette étude s'inscrit dans la continuité de travaux de thèse consacrés à ce sujet, auxquels il convient de se référer pour une analyse approfondie³³. Le balbutiement alors perçu lors de cette étude semble toutefois se confirmer voire s'amplifier par l'introduction de mécanismes participant de l'institutionnalisation des ORE en tant qu'outil alternatif offrant des garanties équivalentes jugées équivalente à la maîtrise foncière publique (1). Des freins subsistent toutefois pour envisager une réelle externalisation patrimoniale et en particulier la quasi-absence d'intégration de ces outils dans les documents de planification (2).

1. Institutionnalisation de servitudes de conservation : une manifestation conceptuelle de l'externalisation patrimoniale

- 13 L'institutionnalisation des servitudes de conservation se traduit par l'émergence de deux mécanismes qui se complètent : le premier permet aux biens grevés d'être qualifiés de zone de protection forte (1.1.) et d'ainsi permettre à la commune support de bénéficier d'avantages fiscaux et notamment une dotation pour aménité rurale (1.2.).

1.1. La reconnaissance des servitudes de conservation comme zone de protection forte

- 14 Les *conservation easements* américaines ont largement inspiré des mécanismes plus ou moins similaires dans les pays anglo-saxons et plus récemment en Europe continentale³⁴. Elles peuvent être définies comme un accord juridique volontaire entre un propriétaire foncier et une fiducie foncière (*land trust*) ou un organisme gouvernemental qui limite de manière permanente l'utilisation de la terre afin de la préserver. L'*Uniform Conservation Easement Act*

(UCEA) a été adopté aux États-Unis en 1981³⁵. Deux éléments caractérisent les servitudes de conservation. En premier lieu, elles bénéficient non à un fonds, mais à une personne morale. En second lieu, elles imposent soit des restrictions, soit des obligations de faire au propriétaire du fonds.

- 15 Lors des trois dernières décennies, les *conservation easements* sont devenues le moyen privilégié en matière de conservation des terres aux États-Unis au détriment d'une politique publique d'acquisition³⁶. La *National Conservation Easement Database* (NCED), qui recense les servitudes de conservation au niveau fédéral, précise que plus de 37 millions d'acres sont protégées par 221 256 servitudes de conservation, ce qui correspond à une superficie de 14 973 368 hectares de terres protégées³⁷. Leur déploiement est intimement lié aux nombreux avantages fiscaux dont bénéficient les propriétaires. Ces déductions fiscales sont conditionnées à leur perpétuité³⁸. C'est ainsi que les servitudes de conservation ont tendance « à être plus permanentes et plus restrictives que les règlements de zonage qui varient au gré des contingences politiques³⁹ ». Mais leur reconnaissance ne repose pas uniquement sur leur déploiement. Elles bénéficient désormais d'une réelle reconnaissance institutionnelle et sont des moyens d'atteindre les objectifs de protection durable des espaces naturels au même titre que les acquisitions publiques notamment. C'est ainsi qu'aux États-Unis, dans le cadre de cette politique « 30 by 30 » (30 % de zones protégées d'ici 2030), sont reconnues et valorisées les actions volontaires de conservation menées par les propriétaires privés⁴⁰. Dans ce cadre, a été mis en place un atlas américain de la conservation et de la gestion durable⁴¹, qui répertorie notamment les servitudes de gestion durable des terres⁴².
- 16 Les *conservation easements* ont directement inspiré les ORE codifiées à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement⁴³. Ces dernières permettent à tout propriétaire foncier (public ou privé) de s'engager volontairement, par contrat, à protéger la biodiversité sur son terrain. Elles sont conclues avec une collectivité publique ou un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement. Les obligations réciproques sont juridiquement contraignantes, durables mais non perpétuelles (jusqu'à 99 ans) et créent des droits réels et non personnels. Elles

peuvent comporter des engagements passifs (ne pas faire) et actifs (entretenir, restaurer). Elles offrent de faibles avantages fiscaux et peuvent également être utilisées comme outil de compensation écologique par les aménageurs (ORE de compensation). Elles entérinent « le mouvement de renversement philosophique observé dans le cadre des politiques environnementales administratives ⁴⁴ ». Leur philosophie « alternormative ⁴⁵ » suppose en effet une « démarche ascendante et négociée ⁴⁶ », là où la philosophie dominante était auparavant incarnée par le recours aux acquisitions publiques environnementales ou à des mesures de police contraignantes.

- 17 **Mobilisation des servitudes conservation pour atteindre les objectifs mondiaux de protection de la biodiversité** – À l'occasion de 15^e conférence des Parties (COP15) à la Convention sur la diversité biologique qui s'est tenue à Montréal du 7 au 19 décembre 2022, un accord a été trouvé sur le cadre mondial de préservation de la biodiversité au travers l'adoption du « Cadre mondial pour la biodiversité de Kunming-Montréal ⁴⁷ ». L'objectif général est d'enrayer et d'inverser le déclin de la biodiversité, afin de contribuer à la « vision à 2050 de vivre en harmonie avec la nature ». La cible emblématique de l'accord est d'atteindre 30 % d'aires (marines, côtières, terrestres, et d'eaux douces) protégées au niveau mondial à horizon 2030 : « Faire en sorte et permettre que, d'ici à 2030, au moins 30 % des zones terrestres, des eaux intérieures et des zones côtières et marines, en particulier les zones revêtant une importance particulière pour la biodiversité et les fonctions et services écosystémiques, soient effectivement conservées et gérées par le biais de systèmes d'aires protégées écologiquement représentatifs, bien reliés et gérés de manière équitable, et d'autres mesures efficaces de conservation par zone. » La précédente convention sur la biodiversité distinguait précisément les aires protégées des « autres mesures de conservation efficace par zone » en les définissant comme : « une zone géographiquement délimitée, autre qu'une aire protégée, qui est réglementée et gérée de façon à obtenir des résultats positifs et durables à long terme pour la conservation in situ de la diversité biologique, y compris des fonctions et services écosystémiques connexes et, le cas échéant, des valeurs culturelles, spirituelles, socioéconomiques et d'autres valeurs

pertinentes localement⁴⁸ ». Les servitudes de conservation et leur déclinaison française, les ORE, entrent précisément dans cette catégorie et sont qualifiées « d'autres mesures de conservation efficace par zone » distinctes des aires protégées. Ces zones permettent ainsi aux États de compter des surfaces non classées comme aires protégées pour atteindre l'objectif de 30 % d'ici 2030.

- 18 **L'intégration des ORE dans les zones de protection forte (ZPF) –**
Dans le cadre de cette dynamique internationale et sous l'impulsion de l'Union européenne⁴⁹, la loi Climat et résilience a élaboré une « stratégie nationale des aires protégées » visant « à couvrir, par un réseau cohérent d'aires protégées », 30 % du territoire national, métropolitain et d'outremer, et des eaux maritimes d'ici 2030, dont 10 %⁵⁰ en zone protection forte⁵¹.
- 19 Le décret n° 2022-527 du 12 avril 2022 pris en application de l'article L. 110-4 du Code de l'environnement et définissant la notion de protection forte et les modalités de la mise en œuvre de cette protection forte, est venu préciser cette notion qui correspond à « une zone géographique dans laquelle les pressions engendrées par les activités humaines susceptibles de compromettre la conservation des enjeux écologiques sont absentes, évitées, supprimées ou fortement limitées, et ce de manière pérenne, grâce à la mise en œuvre d'une protection foncière ou d'une réglementation adaptée, associée à un contrôle effectif des activités concernées⁵² ». Ces zones protégées répondent ainsi à une logique de protection renforcée.
- 20 La reconnaissance d'une zone comme ZPF peut être établie de deux manières, l'une automatique, l'autre au cas par cas. Les espaces compris dans les cœurs de parcs nationaux, les réserves naturelles, les arrêtés de protection de biotope et les réserves biologiques sont automatiquement reconnus comme des ZPF. D'autres sites peuvent être reconnus comme ZPF sur la base d'une analyse au cas par cas. La liste est longue mais figure en tête : « les sites bénéficiant d'une obligation réelle environnementale prévus par l'article L. 132-3 du code de l'environnement⁵³ ». Ces dispositions institutionnalisent un levier important de mobilisation citoyenne en faveur de la protection de la biodiversité. Ainsi, les ORE peuvent contribuer aux objectifs nationaux en matière de protection de la biodiversité⁵⁴.

- 21 Cette reconnaissance n'est certes pas automatique et est soumise à 3 conditions cumulatives (conditions peu strictes et dont la conception a été qualifiée de « peu ambitieuse⁵⁵ »). Ces ZPF certifiées au cas par cas doivent en premier lieu ne pas faire l'objet d'activités humaines ou le cas échéant diminuer significativement supprimer, de manière pérenne, les principales pressions sur les enjeux écologiques. En deuxième lieu, elles doivent disposer d'objectifs de protection notamment à travers un document de gestion. Enfin, elles doivent bénéficier d'un dispositif opérationnel de contrôle des réglementations ou des mesures de gestion. La certification est décidée par le préfet de région⁵⁶.
- 22 Cette reconnaissance des ORE comme ZPF constitue une évolution significative et institutionnalise un mécanisme jusqu'alors relégué à des initiatives éparses. Cette évolution est majeure puisque, traditionnellement, seules les aires protégées par voie réglementaire étaient considérées comme des ZPF. Désormais, les biens grevés d'ORE, tout comme les sites relevant du domaine du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres au sens de l'article L. 322-9 du Code de l'environnement ou les espaces naturels sensibles prévus par l'article L. 113-8 du Code de l'urbanisme ou encore les sites du domaine foncier de l'État, sont traités de manière équivalente avec le décret du 12 avril 2022. Tous ces espaces sont désormais susceptibles d'être intégrés dans les ZPF, sous réserve de satisfaire à une procédure d'accréditation au cas par cas. Par ailleurs, il est notable, bien que symbolique, que les biens grevés d'ORE apparaissent en première position dans la liste énumérée par le décret. Pour autant, cette notion de protection forte ne crée pas une catégorie supplémentaire. Le Conseil d'État a confirmé que l'article L. 110-4 du Code de l'environnement ne définit pas un nouveau régime de protection pour les aires concernées, qui viendrait compléter les régimes de protection existants⁵⁷. D'où la conclusion, un peu hâtive, que la notion de protection forte n'aurait « qu'une fonction comptable, si ce n'est cosmétique⁵⁸ ». C'est omettre que si la reconnaissance d'une zone comme ZPF ne crée pas de nouveau régime juridique, elle emporte cependant des incidences financières notables pour les communes concernées qui seront détaillées au point suivant.

- 23 Dans le contexte de l'objectif national de protection de 30 % du territoire dont 10 % en zone de protection forte, la nature du propriétaire (public ou privé) importe peu. Seule compte la mesure de protection qui pourra être intégrée indistinctement dans le calcul de l'objectif à atteindre. Dans le cadre de cette politique publique de reconquête de la biodiversité, les acquisitions publiques environnementales ne constituent plus le seul levier d'action privilégié. Les personnes publiques peuvent recourir à une palette d'instruments juridiques jugés équivalents dont notamment les ORE, pour atteindre les objectifs définis par la stratégie nationale pour les aires protégées.
- 24 Pour un juriste français, façonné par une tradition de prééminence de l'initiative des personnes publiques dans la réalisation de l'intérêt général, cette évolution est loin d'être insignifiante. Elle revient à reconnaître et à institutionnaliser des initiatives privées matérialisées par une ORE grevant un bien privé, comme contribuant directement à un objectif de politique publique et ce de manière équivalente aux outils réglementaires traditionnels ou aux acquisitions foncières environnementales.
- 25 Cette reconnaissance institutionnelle d'initiative privée doit être mise en perspective avec leur valorisation financière et notamment la dotation de soutien aux communes pour les aménités rurales.

1.2. La valorisation fiscale des services de conservation

- 26 **La faible attractivité fiscale des ORE, à la différence de leurs homologues américaines** – La faible attractivité financière des ORE est largement documentée et participe de son faible déploiement⁵⁹. L'article L. 132-3 du Code de l'environnement prévoit toutefois une exonération des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière et de la contribution de sécurité immobilière. Les communes et les intercommunalités ont également la possibilité d'exonérer les biens grevés d'ORE de taxe foncière sur les propriétés non bâties (TFPNB⁶⁰). Seules 11 communes⁶¹ auraient à ce jour voté une telle exonération, ce qui s'explique aisément par l'absence de compensation dans un contexte de baisse des dotations et l'absence d'automatisme de l'exonération (contrairement aux terrains situés

dans une zone humide sous réserve d'un engagement de gestion de 5 ans⁶²). Un premier rapport gouvernemental prévoyait de renforcer l'attractivité au travers de dispositifs fiscaux incitatifs complémentaires⁶³ mais sans que cela n'ait été suivi d'effets. Une étude souligne également la faible attractivité des ORE et relève qu'au contraire, « les expériences étrangères de servitudes de conservation montrent que leur succès est en grande partie dû au régime fiscal qui les accompagne. En contractant une obligation réelle au profit de l'intérêt général, le propriétaire consent une double perte : il diminue, à la fois, la valeur de son terrain et les revenus qu'il peut en tirer⁶⁴ ».

27 Aux États-Unis, l'attractivité fiscale est sans commune mesure. L'article 170 (h) de l'*Internal Revenue Code* prévoit une déduction de l'impôt pouvant aller jusqu'à 50 % des revenus du donateur pendant 15 ans (100 % pour les agriculteurs et éleveurs). Plusieurs États prévoient également des crédits d'impôt sur le revenu et notamment des crédits d'impôt transférables (jusqu'à 75 % du premier don au Colorado⁶⁵). Enfin, les droits de succession sont réduits à hauteur de 40 % de la valeur d'un terrain grevé d'une servitude. Le montant maximum pouvant être exclu s'élève à 500 000 dollars par succession⁶⁶.

28 **L'émergence d'une valorisation fiscale pour les communes accueillant des ORE** – La loi de finances de 2019 avait introduit une dotation de soutien aux communes pour la protection de la biodiversité⁶⁷. Cette dotation avait alors été codifiée à l'article L. 2335-17 du CGCT. Elle ne concernait alors que les communes de moins de 10 000 habitants dont plus de 50 % du territoire était classé en site Natura 2000 ou comprises en tout ou partie dans un parc national ou au sein d'un parc naturel marin. La loi de finances de 2021 l'avait alors élargie aux communes de moins de 10 000 habitants comprises en tout ou partie dans un parc naturel régional⁶⁸. Cette dotation ne concernait que des aires protégées par voie réglementaire⁶⁹. La logique évolue avec la loi de finances de 2023⁷⁰ qui modifie en profondeur l'article L. 2335-17 du CGCT. La dotation est désormais dénommée dotation de soutien aux communes pour les aménités rurales⁷¹ et est attribuée aux communes rurales⁷² dont une partie significative du territoire comprend une aire protégée ou jouxte une aire marine protégée. Il

est précisé que les aires protégées s'entendent au sens de l'article L. 110-4 du Code de l'environnement⁷³. L'article R. 2335-16 du Code de l'environnement liste toutes les catégories d'aires protégées prises en compte pour l'attribution de la dotation. Les ZPF (qui pour rappel peuvent être couvertes par des ORE) sont bien mentionnées et l'article renvoie au décret du 12 avril 2022 susmentionné. L'objectif de l'élargissement est de valoriser les services environnementaux rendus par les communes rurales à l'ensemble de la nation en termes de maintien des réservoirs de biodiversité, des puits de carbone, des paysages et tous services rendus par les écosystèmes (les aménités rurales).

- 29 Pour les ZPF (et donc notamment les ORE), l'article R. 2335-16-1 du CGCT précise que sont éligibles à la dotation les communes rurales dont le territoire comprend au moins 10 hectares en zone de protection forte au sens de l'article L. 110-4 du Code de l'environnement. Il n'est mentionné aucune exigence de contiguïté. Par ailleurs, la protection forte peut relever de plusieurs catégories. Une commune rurale pourra alors additionner toutes ses zones reconnues comme ZPF et prétendre à la dotation pour aménité rurale. C'est ainsi qu'un espace terrestre reconnu automatiquement en ZPF pourra être comptabilisé avec un autre espace terrestre soumis à un tel niveau de protection après analyse au cas par cas dont notamment les ORE. Les communes rurales sont donc incitées à accueillir des ORE sur leur territoire puisqu'elles bénéficieront ensuite d'une dotation sans que la mesure de protection ne grève le budget communal. Le calcul est intéressant pour les ZPF puisque dans ce cas le coefficient est de 2 (et de seulement 1,5 pour les zones Natura 2000 par exemple⁷⁴).
- 30 Il y a là un changement de paradigme pour des espaces jusqu'alors exclus de ces mécanismes : « les espaces protégés, exclus jusqu'en 2023 du champ de la dotation, concourent également à la protection de la biodiversité et à la production et au développement d'aménités rurales⁷⁵ ». À la logique centrée sur les aires protégées par voie réglementaire, succède une approche plus ouverte, intégrant des formes hybrides de conservation, incluant notamment les engagements privés sous forme contractuelle.

- 31 Ces incitations financières, bien qu'encore embryonnaires, marquent une évolution majeure : l'État reconnaît désormais une valeur financière à des engagements contractuels de conservation portés par des acteurs privés, dès lors qu'ils sont juridiquement durables et écologiquement évaluables. Autrement dit, l'État pourra s'abstenir d'étendre son domaine foncier ou ses prérogatives réglementaires, puisqu'il reconnaît et valorise des formes alternatives de conservation, juridiquement sécurisées, émanant d'initiatives privées. L'approche est désormais plus fonctionnelle qu'organique. Un terrain privé, grevé d'une ORE respectant des critères d'intégrité écologique et de durabilité, peut ainsi contribuer à des objectifs publics, être intégré dans les aires protégées et permettre des retombées budgétaires pour les communes concernées.
- 32 Il s'agit donc d'un redéploiement potentiel de l'action publique par le truchement d'outils privés, traduisant une forme de gouvernance postmoderne⁷⁶, dans laquelle la puissance publique mobilise des normes privées pour atteindre ses objectifs écologiques, sans recourir nécessairement à une extension de la contrainte réglementaire ou du domaine public. La mue n'est toutefois pas achevée et subsistent de nombreux freins pour qu'advienne une réelle externalisation patrimoniale au premier chef desquels l'absence de planification de ces outils.

2. Planification des servitudes de conservation : un obstacle structurel à une externalisation patrimoniale

- 33 Conformément au principe d'indépendance des législations, les ORE qui sont des outils reposant sur la liberté contractuelle, ne peuvent servir de fondement à la réglementation d'urbanisme (2.1.). Leur intégration aux documents de planification est toutefois envisageable avec l'identification des trames vertes et bleues (2.2.).

2.1. L'indépendance des législations : un frein à la reconnaissance des servitudes de conservation par le droit de l'urbanisme

- 34 **Retour sur le principe d'indépendance des législations** – Le principe d'indépendance des législations, souvent décrié, imprègne toujours notre droit public⁷⁷. Ce principe, interprété strictement par le Conseil d'État⁷⁸ implique que la législation d'urbanisme est indépendante des autres législations. Il implique notamment que les autorisations urbanisme soient délivrées « sous réserve du droit des tiers et n'a pas pour objet d'assurer le contrôle de la réglementation des servitudes de droit privé⁷⁹ ». L'existence d'une servitude de droit privé ne peut ainsi justifier le refus d'un permis de construire⁸⁰. De la même manière, l'existence d'une ORE est sans influence sur la délivrance d'une autorisation d'urbanisme. Au stade de la planification, les documents d'urbanisme doivent prendre en compte et respecter de nombreux instruments sectoriels portant sur des thématiques très variées. Les ORE n'en font toutefois pas partie (bien que cela puisse être nuancé par l'identification des trames vertes et bleues et leur reconnaissance en tant que zones de protection forte).
- 35 L'intégration effective des servitudes de conservation dans les politiques d'aménagement du territoire supposerait la réunion de deux conditions essentielles : d'une part leur enregistrement au sein d'un registre centralisé garantissant leur traçabilité et leur accessibilité et d'autre part l'existence d'une planification ou à tout le moins d'une concertation locale préalable à leur implantation. Or, ces deux exigences restent largement absentes du régime des ORE, ce qui diffère en partie des *conservation easements* nord-américaines.
- 36 **Une carence institutionnelle ou l'invisibilisation des ORE : quand la France ignore ce que les États-Unis tentent de recenser** – En droit français, l'ORE fait l'objet d'un acte authentique obligatoirement publié au service de publicité foncière, conformément à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement. Cette exigence garantit l'opposabilité aux tiers. Toutefois, aucune base de données centralisée ne recense ces engagements à l'échelle nationale, ni ne

permet leur visualisation cartographique ou leur exploitation par les collectivités ou les services déconcentrés. Cette absence de registre accessible et exploitable limite l'utilité collective de ces engagements privés. L'absence de mécanisme de suivi a été soulignée à l'occasion d'une séance publique organisée au Sénat⁸¹. À ce titre, toute estimation du nombre d'ORE ainsi que du nombre d'hectares couverts s'avère délicate. À l'occasion de cette séance, il a été mentionné une estimation d'environ 200 ORE patrimoniales⁸² et plusieurs centaines d'ORE de compensation⁸³, tout en précisant que ces chiffres n'étaient qu'estimatifs et certainement sous-évalués⁸⁴. Les ORE patrimoniales couvriraient environ 8 à 10 000 hectares et les ORE de compensation 5 à 7 000 hectares. Au niveau européen, les réseaux de conservation volontaire existent et tentent de répertorier les outils mais sans réelle précision⁸⁵. À noter également une initiative originale de recherche visant à répertorier et cartographier les ORE patrimoniales en France⁸⁶.

37 De la même manière aux États-Unis, il existe une obligation d'enregistrer les *conservation easements* au registre foncier local⁸⁷. C'est d'ailleurs une condition nécessaire à l'obtention de tout avantage fiscal⁸⁸. Toutefois, de nombreux États n'ont pas de système d'enregistrement centralisé⁸⁹. Ce n'est pas le cas de l'État du Maine qui, par exemple, exige l'enregistrement de toutes les servitudes de conservation au sein d'un système centralisé⁹⁰. L'enregistrement comprend les comtés et villes concernés par la servitude, la date d'acquisition, le nombre d'acres grevés, le but principal de la servitude ainsi que « toute autre information jugée nécessaire par le ministère⁹¹ ». D'autres États⁹² ont créé des bases de données centrales dont la Floride⁹³, le New Hampshire⁹⁴, la Californie⁹⁵, la Virginie⁹⁶, le Montana⁹⁷ et le Massachusetts⁹⁸.

38 À l'échelle fédérale, des bases de données comme la *National Conservation Easement Database* (NCED) compilent de façon volontaire mais croissante les servitudes environnementales, permettant leur intégration dans les stratégies de planification écologique⁹⁹. Cette base de données se limite aux « informations non sensibles sur les servitudes de conservation ». Les informations sensibles sur les servitudes de conservation sont celles considérées comme telles par le propriétaire (par exemple, le nom du

propriétaire et l'emplacement exact d'une servitude sur la propriété¹⁰⁰).

- 39 **Une intégration des conservation easements dans la planification urbaine contrairement aux ORE** – Il n'existe aucune exigence de concertation ou de planification préalable à la conclusion des ORE¹⁰¹. Elles dépendent de la volonté des propriétaires qui peuvent être orientés éventuellement par les organismes bénéficiaires. Bien que le contrat ORE puisse entretenir des relations étroites avec les règles d'urbanisme¹⁰², elles ne sont pas pour autant des servitudes d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol et qui doivent être annexées aux plans locaux d'urbanisme conformément aux articles L. 151-43 et R. 151-51 du Code de l'urbanisme.
- 40 À l'inverse, plusieurs États américains prévoient un processus de planification publique lors de la conclusion de servitudes de conservation¹⁰³ et notamment le Massachusetts¹⁰⁴, le Montana¹⁰⁵, le Nebraska¹⁰⁶, l'Oregon¹⁰⁷ et la Virginie¹⁰⁸.

2.2. La mise en œuvre contractuelle des trames verte et bleue avec les ORE : un moyen d'intégrer les documents de planification

- 41 La Trame verte et bleue (TVB) est un réseau d'espaces et de continuités écologiques terrestres et aquatiques contribuant à la préservation de la biodiversité¹⁰⁹. La TVB permet d'identifier, de relier et de préserver les espaces importants pour la préservation de la biodiversité par des corridors écologiques¹¹⁰. Au niveau national, elle est portée par les orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques (ONTVB¹¹¹). Les régions jouent le rôle de chef de file en matière de biodiversité¹¹². Au niveau régional, les TVB sont intégrées au schéma régional de cohérence écologique (SRCE) en Île-de-France (qui n'est pas intégré au schéma Directeur de la Région Île-de-France (SRIF) bien que ces deux documents partagent des objectifs communs¹¹³). En revanche, le schéma d'aménagement régional (SAR) pour les régions de Guadeloupe et de la Réunion, les collectivités territoriales de Guyane

et de Martinique et le Département de Mayotte¹¹⁴ et le plan d'aménagement et de développement durable de Corse (PADDuC) valent SRCE¹¹⁵. Pour les autres régions, le schéma d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) a intégré le SRCE¹¹⁶.

42 Le SRADDET précise les objectifs de protection et de restauration de la biodiversité fondés sur l'identification des espaces formant les trames verte et bleue et indique (dans le fascicule des règles générales de ce schéma) les actions de gestion, d'aménagement ou d'effacement des éléments de fragmentation ainsi que les mesures conventionnelles permettant d'atteindre ces objectifs¹¹⁷. De la même manière, le SRCE comprend « les mesures contractuelles permettant, de façon privilégiée, d'assurer la préservation et, en tant que de besoin, la remise en bon état de la fonctionnalité des continuités écologiques, notamment par la limitation de l'implantation de clôtures dans le milieu naturel¹¹⁸ ». Le SRCE doit ainsi permettre d'identifier les outils de nature contractuelle correspondant aux objectifs de la TVB, en s'appuyant sur les outils déjà mobilisés sur le territoire régional mais en proposant aussi d'autres outils adaptés¹¹⁹. Les TVB sont ainsi mises en œuvre « localement sur une base contractuelle en association avec les collectivités et en concertation avec les acteurs de terrain – parmi lesquels les agriculteurs qui occupent une part importante de l'espace¹²⁰ ». L'option contractuelle renvoie notamment aux obligations réelles environnementales, aux mesures agroenvironnementales, aux contrats Natura 2000 et aux baux environnementaux. Néanmoins, en dépit de cette prise en compte des outils contractuels dans les TVB, dans la plupart des guides traitant des TVB, les ORE apparaissent au sein des outils contractuels pour une gestion adaptée des espaces identifiés et non comme des outils de planification¹²¹.

43 En ce qui concerne la déclinaison territoriale des TVB, le schéma de cohérence territoriale (SCoT) doit être compatible¹²² avec les SRCE¹²³. Toutefois, « les documents annexés au SRADDET ne bénéficient que d'une valeur indicative et ne sont pas directement opposables à leurs destinataires. Parmi eux figure notamment la présentation des continuités écologiques retenues pour constituer la TVB ainsi que l'atlas cartographique prévu à l'article R. 371-25 du Code de l'environnement. Cette situation préjudicie à la réalisation de

l'objectif de protection de la biodiversité dans la mesure où le déploiement de la TVB repose essentiellement sur des documents cartographiques qui répertorient les réservoirs de biodiversité et les corridors écologiques répartis sur le territoire régional¹²⁴ ». Les SCoT peuvent notamment identifier dans leur document d'orientation et d'objectifs des : « zones préférentielles pour la renaturation, par la transformation de sols artificialisés en sols non artificialisés ainsi que des zones propices à l'accueil de sites naturels de compensation, de restauration et de renaturation¹²⁵ ». Ces zones préférentielles identifiées pourront être un lieu privilégié pour l'implantation d'ORE. Les SCoT s'imposent ensuite aux PLU/i dans un rapport de compatibilité¹²⁶. À l'échelle des PLU/i, la biodiversité est également prise en compte¹²⁷. Les PLU/i peuvent notamment délimiter des « secteurs prioritaires à mobiliser qui présentent un potentiel foncier majeur pour favoriser l'atteinte des objectifs de lutte contre l'artificialisation des sols » qui couvrent notamment « les zones préférentielles pour la renaturation identifiées dans le schéma de cohérence territoriale¹²⁸ ».

44 En dépit de ces maigres exemples, à défaut de registre national, les documents de planification peinent à intégrer les ORE. Pourtant, une contrariété peut naître entre l'affectation prévue pour la parcelle dans le contrat ORE et le règlement d'un PLU/i ou les orientations d'un SCoT. Il serait possible d'intégrer les ORE patrimoniales dans les documents graphiques et d'imaginer une zone naturelle indicée ORE. Mais un tel chantier, encore balbutiant et inachevé, imposerait de revenir en partie sur le principe de l'indépendance des législations.

45 Au terme de cette analyse, il importe de se prémunir d'un biais interprétatif fréquent, qui consiste, pour le chercheur, à appréhender toute évolution institutionnelle exclusivement à l'aune de son objet d'étude, en particulier en adoptant une démarche uniquement microcomparatiste. Car ce qui se dessine ici, relève davantage d'un mouvement émergent, encore incertain et hétérogène, que d'un changement structurel pleinement avéré. On observe ainsi, dans le champ de la protection des espaces naturels comme dans d'autres secteurs de l'action publique, une forme d'autoréflexivité de l'État français, qui semble désormais anticiper et formaliser les modalités de son propre contournement ou de son dépassement. Ce phénomène pourrait être interprété comme le signe d'un État qui,

conscient de ses limites, cherche à externaliser ou à déléguer certaines fonctions qu'il n'est plus en mesure d'assumer pleinement. Cependant, le paradoxe moderne réside dans la multiplication d'instruments juridiques et financiers renouvelant les modalités de l'intervention publique, mais dont les effets concrets demeurent souvent limités. L'État français, s'inspire d'expériences étrangères et ici américaines, pour prévoir les conditions de son propre dépassement mais au moment de franchir la barre, signe un refus d'obstacle. La transposition minimale d'outils inspirés des *conservation easements* ne saurait en effet produire, en France, les mêmes effets que dans leur contexte d'origine. La simple imitation des instruments ne garantit ni leur portée, ni leurs effets : il ne suffit pas d'avoir l'air pour avoir la chanson.

- 46 En définitive, l'approche microcomparatiste développée dans cette étude invite à une réflexion de portée plus large, relevant d'une démarche macrocomparatiste. Transposer un instrument juridique ne revient pas à transposer le modèle institutionnel et culturel dont il procède. La tradition française diffère profondément de la tradition américaine : le rôle de la puissance publique, la structuration de la société civile et la conception même de l'intérêt général constituent autant de variables décisives qu'il serait illusoire d'ignorer.
- 47 La circulation des modèles juridiques produit rarement les mêmes effets lorsqu'elle s'opère sans véritable acculturation institutionnelle. En transposant les *conservation easements* américaines sous la forme des ORE, la France a adopté l'apparence d'un modèle sans en intégrer la logique profonde. Là où le système américain repose sur une culture de la propriété privée au service de l'intérêt collectif, le modèle français demeure tributaire de la prééminence de la puissance publique et de l'intervention étatique. Cette transposition partielle révèle les limites d'une adaptation sans transformation institutionnelle. Le modèle français semble aujourd'hui dans une impasse : il n'a plus les moyens d'acquérir pour protéger, sans pour autant choisir pleinement de protéger sans acquérir.

NOTES

- 1 P. BENEZECH-SARRON, *La protection contractuelle des sols. Contribution à l'étude des contrats affectant la propriété foncière à la protection de l'environnement*, Chambéry, PUSMB, nov. 2021, p. 83 sq.
- 2 C. urb., art. L. 215-2.
- 3 C. urb., art. L. 215-4.
- 4 Pour les titulaires par substitution voir C. urb., art. L. 215-5 à L. 215-8 et pour les titulaires par délégation voir art. L. 215-5 à L. 215-7.
- 5 C. urb., art. L. 113-8.
- 6 C. urb., art. L. 331-3.
- 7 C. env., art. L. 322-4.
- 8 CE, 12 avr. 1995, n° 137300, *Conservatoire espace littoral et rivages lacustres* : JurisData n° 1995-041941 ; Rec. CE 1995, p. 162.
- 9 CGI, art. 1040 ; art. 1041 ; art. 1042, I ; 1045 bis.
- 10 C. urb. art. L. 113-10.
- 11 Y. JÉGOUZO, « Propriété et environnement », *Defrénois*, n° 7, 15 avril 1994, p. 449.
- 12 Conservatoire du littoral, « Stratégie d'intervention 2015-2050 », [En ligne] < <https://www.conservatoire-du-littoral.fr/97-strategie-d-intervention-2015-2050.htm> >, consulté le 20/11/2025.
- 13 La surface moyenne d'acquisition par an jusqu'en 2015 était d'environ 3 000 hectares : Conservatoire du littoral, *Les chiffres clés du littoral*, 2015, [En ligne] < <https://www.conservatoire-du-littoral.fr/108-les-chiffres-cles-du-littoral-2015.htm> >, consulté le 20/11/2025. Depuis sa création en 1975, la moyenne est de 2 300 hectares acquis par an pour 13 millions d'euros.
- 14 L. RADISON, « Le Conservatoire du littoral ou 50 ans de protection par l'acquisition foncière », *Actu-Environnement*, n° 454, mai 2025.
- 15 Loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024 et loi n° 2025-127 du 14 février 2025 de finances pour 2025.
- 16 Cour des comptes, référé du 28 janvier 2013, n° 65737, rendu public le 4 avril 2013 sur la gestion du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages

lacustres (CELRL) sur la période 2006 à 2011.

17 Pour l'année 2000, les recettes totales s'élevaient à 102,38 millions d'euros pour 71 départements assujettis. On observe par ailleurs une montée en puissance du montant de la taxe perçue par les départements : près de +6 % par an en moyenne sur 11 ans de 1990 à 2000 ; Rapport de l'inspection générale de l'environnement, « La contribution des départements à la politique de protection des espaces naturels », Affaire n° IGE/02/027, 5 mars 2003, p. 9-10. Sur la période de 2000 à 2009, le montant global de la TDENS perçue par l'ensemble des départements a plus que doublé en euros, variant de 102 millions d'euros en 2000 à 226 millions d'euros en 2009 : Rapport, « La fiscalité et la mise en œuvre de la nouvelle stratégie nationale pour la biodiversité 2010-2012 », IGF-CGEDD, oct. 2011, p. 3. En 2011, les recettes totales pour l'ensemble des départements s'élevaient à 233 millions d'euros et en 2015 à 271 millions d'euros : Rapport n° 17-034R, « La gestion des espaces naturels sensibles (ENS) et des parcs naturels régionaux (PNR) », juillet 2017, p. 16.

18 Sachant que de 1990 à 2000 la part consacrée aux acquisitions des départements diminue de 26 % environ à moins de 16 % des dépenses totales entre le début et la fin de la période : Rapport de l'inspection générale de l'environnement, « La contribution des départements à la politique de protection des espaces naturels », *op. cit.*, p. 17-18. Pour la période 2000-2009, 18 % des recettes étaient consacrées à l'acquisition d'espaces naturels et 25 % consacrées à la participation à des dépenses d'acquisition : Rapport, « La fiscalité et la mise en œuvre de la nouvelle stratégie nationale pour la biodiversité 2010-2012 », *op. cit.*, p. 4.

19 Rapport n° 17-034R, « La gestion des espaces naturels sensibles (ENS) et des parcs naturels régionaux (PNR) », juillet 2017, p. 16, *op. cit.* Malgré cette évolution, la politique ENS a permis, depuis sa mise en place jusqu'en 2012, la protection d'environ 200 000 hectares, contre 170 000 hectares en 2009, dont 125 000 hectares acquis en pleine propriété par les départements. Sachant toutefois que selon les données transmises à la Direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages (DHUP) par les départements, le total des surfaces acquises depuis 2001 ne s'élèverait qu'à 47 522 ha, *ibid.*, p. 7.

20 Dossier, « Externalisation des propriétés publiques : techniques, enjeux et résultats », JCP A, n° 17, 2012, p. 2129. Voir également E. FATÔME, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », AJDA, 2007, p. 959.

- 21 C. CHAMARD-HEIM, « Va-t-on à nouveau vers un “État sans domaine” ? », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2025, repère 6, l’auteur faisant écho à un précédent article : Ph. YOLKA, « Un État sans domaine ? », *AJDA*, 2003, p. 1017.
- 22 H. (DE) GAUDEMAR, « Les propriétés publiques immobilières externalisables », *JCP A*, n° 2132, 30 avril 2012. Voir également E. FATOME, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959.
- 23 Pour une vision plus restreinte de l’externalisation en matière patrimoniale, voir DEVILLERS H., *L’utilisation du bien d’autrui par une personne publique. Recherche sur le statut de personne publique locataire*, thèse dactyl., Lyon 3, 2017, § 36, l’auteur définissant alors l’externalisation patrimoniale comme « le fait pour une personne publique de procéder à la cession d’une partie de son patrimoine pour ensuite utiliser les biens vendus ou des biens similaires sans en être propriétaire ».
- 24 Bien que les États-Unis soient précurseurs en la matière, les servitudes de conservation sont relativement récentes. La majorité d’entre elles ont été mises en place il y a moins de soixante ans. C’est William Whyte qui fut le premier à populariser la notion de *conservation easements* dans un but de protection des terres en 1959 : W. WHYTE, *Serving Open Space for Urban America: Conservation Easements*, Washington, DC, Urb. Land Inst., 1959, 67 p. Elles ont acquis un statut fédéral en 1981 avec l’adoption de l’*Uniform Conservation Easement Act* (UCEA).
- 25 C. env., art. L. 132-3.
- 26 J. H. DAVIDSON, « The new public lands: competing models for protecting public conservation values on privately owned lands », *op. cit.*
- 27 G. C. COGGINS & C. F. WILKINSON, *Federal public lands and resources law*, Saint Paul (MN), Foundation Press, 6^e édition, 2007, 1184 p.
- 28 S. K. FAIRFAX, L. GWIN, M. A. KING, L. RAYMOND, L. A. WATT, *Buying nature: the limits of land acquisition as a conservation strategy, 1780-2004*, Cambridge (MA), The MIT Press, 2005, 360 p.
- 29 J. H. DAVIDSON, « The new public lands: competing models for protecting public conservation values on privately owned lands », 39 *Envtl. L. Rep. News & Analysis*, 2009, 10368.
- 30 K. F. SALLY *et al.*, *Buying nature: the limits of land acquisition as a conservation strategy*, Cambridge (MA), The MIT Press, 2005, 360 p. ;

G. KORNGOLD, « Governmental conservation easements: a means to advance efficiency, freedom from coercion, flexibility, and democracy », 78 Brook. L. Rev., 2013, p. 467 ; N. A. MCLAUGHLIN, « Amending perpetual conservation easements: a case study of the myrtle grove controversy », 40 U. Rich. L. Rev., 2006, p. 1031, 1033.

31 G. KORNGOLD, « Governmental conservation easements: a means to advance efficiency, freedom from coercion, flexibility, and democracy », *op. cit.*, p. 474, soit une surface de 4 451 542 hectares.

32 Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité, janv. 2021 : le rapport évoque l'articulation des obligations réelles environnementales avec les autres outils fonciers concourant à la protection de la biodiversité et notamment les acquisitions foncières publiques en soulignant que « l'acquisition foncière par les collectivités publiques ou les organismes de protection de l'environnement, est efficace mais très coûteuse et dépend de l'existence d'opportunités foncières ». Voir également l'avis de la rapporteuse au sein du Rapport n° 2064, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin, fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi relatif à la reconquête de la biodiversité (n° 1847) par M^{me} Geneviève Gaillard.

33 P. BENEZECH-SARRON, *La protection contractuelle des sols. Contribution à l'étude des contrats affectant la propriété foncière à la protection de l'environnement*, *op. cit.*

34 Voir notamment le rapport de l'ELCN (European Private Land Conservation Network) « The Use of Conservation Easements in the European Union », 2018.

35 Uniform Conservation Easement Act (UCEA), (Last Revised or Amended in 2007), [En ligne] < http://www.uniformlaws.org/shared/docs/conservation_easement/ucea_final_81%20with%2007amends.pdf >, consulté le 20/11/2025. L'UCEA définit les servitudes de conservation comme un « intérêt non possessoire sur des biens immobiliers imposant des limitations ou des obligations de faire dont les objectifs peuvent inclure la conservation, la protection des valeurs naturelles ou scéniques, l'accessibilité des biens immobiliers, tout en assurant leur disponibilité pour l'agriculture, la forêt, ou l'utilisation d'espaces ouverts, la protection des ressources naturelles, le maintien ou l'amélioration de la qualité de l'air ou de l'eau, ou la

préservation des aspects historiques, architecturaux, archéologiques ou culturels ».

36 G. KORNGOLD, « Solving the contentious issues of private conservation easements: promoting flexibility for the future and engaging the public land use process », *Utah L. Rev.*, 2007, p. 1039, spec. p. 1048 : « *conservation easements are becoming the conservation tool of choice* » ; D. P. PARKER, « Land trusts and the choice to conserve land with full ownership or conservation easements », 44 *Nat. Resources J.*, 2004, p. 488, spéc. p. 516 : précisant qu'une enquête relative aux fiducies foncières révélait que « *conservation easements are becoming more prevalent relative to outright ownership* ».

37 [En ligne] < <https://www.conservationeasement.us/> >, consulté le 20/11/2025. Selon la NCED, ce chiffre correspond à 60 % de toutes les servitudes de conservation au regard des données transmises par les fiducies foncières.

38 La servitude doit être accordée perpétuellement : 26 USC § 170 (h) (2) (C) et l'objectif de conservation doit être protégé à perpétuité 26 USC § 170 (h) (5) (A).

39 Jay HOUSEAL T., « Forever a farm: the agricultural conservation easement in Pennsylvania », 94 *Dick. L. Rev.* 527, 532, 1990.

40 Conserving and Restoring America the Beautiful, 2021 : « Principle 6: Honor Private Property Rights and Support the Voluntary Stewardship Efforts of Private Landowners and Fishers ».

41 [En ligne] < <https://www.conservation.gov/pages/atlas-and-data> >, consulté le 20/11/2025.

42 Stewardship Land Easement Locations (USDA NRCS).

43 Sur le sujet, voir notamment : G. J. MARTIN :

– « Note relative à l'introduction en droit français d'une servitude contractuelle ou d'une obligation réelle ayant pour objet la protection de l'environnement », Proposition de la société française de droit pour l'environnement (SFDE), annexe COMOP.

– « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », RJE, numéro spécial, 2008, *Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature*, p. 123-131.

– « Les "biens-environnements" : une approche par les catégories juridiques », RIDE, 2015, p. 139-149.

– « La servitude contractuelle environnementale : l'histoire d'une

résistance », in S. VANUXEM et C. GUIBET LAFAYE (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 89-98.

– « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Dr. env.*, 2016, p. 334-340.

– « Servitude environnementale », in F. ORSI, J. ROCHFELD et M. CORNU (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2^e édition, 2021.

– « Les obligations réelles environnementales », in C. CANS et O. CIZEL (dir.), *Loi biodiversité, ce qui change en pratique*, Paris, Éditions législatives, 2017, p. 100-103.

– Voir également, N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2074 ; H. BOSSE-PLATIÈRE (dir.), « L'obligation réelle environnementale : le passage à l'acte », *Cahiers du Cridon de Lyon*, n° spécial, janv. 2020 ; L. ABGRALL, « L'obligation réelle environnementale », *RDC* n° 1, 2023, p. 199 ; A. CAYOL, « L'obligation réelle environnementale ou les potentialités environnementales du droit des contrats et du droit des biens », *LPA* n° 94, 2018, p. 98 ; W. DROSS, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Énergie – Environnement – Infrastructure*, n° 6, juin 2017, dossier 16 ; O. HERRNBERGER, « L'obligation réelle environnementale, le point de vue de la pratique », *Énergie – Environnement – Infrastructure*, n° 6, juin 2017, dossier 17 ; L. JANICOL, J.-CH. ROTOULLIÉ, « Les contrats mettant en œuvre l'obligation réelle environnementale conclus par les personnes publiques », *RDI* 2020, p. 496 ; M. PARMENTIER, « L'obligation réelle environnementale ou comment placer le propriétaire foncier au cœur de la reconquête de la nature ? », *Gaz. Pal.* n° 41, 22 nov. 2016, p. 66 ; B. PEIGNOT, « L'obligation réelle environnementale saisie par le statut du fermage », *Revue Agriculteurs de France*, sept.-oct. 2016, p. 18 ; O. JASPART, « L'obligation réelle environnementale : la propriété comme outil de préservation d'un bien commun », *RJE* n° 48(HS1), 2022, p. 271-278 ; B. GRIMONPREZ, « L'obligation réelle environnementale : anatomie d'un contrat », *JCP N* n° 6, 09 février 2024, p. 1026 ; É. MEILLER, A. SEGUIN, C. BERTHOL, A. URVOY, V. DESHAYES et T. PLOTTIN, « Servitude environnementale et obligation réelle environnementale », *Construction – Urbanisme* n° 7-8, juillet-août 2024, étude 7.

Voir enfin : *Obligation Réelle Environnementale (ORE) – Fiches de synthèse*, Cerema, ministère de la Transition écologique et solidaire.

44 A. TREILLARD, *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2019, p. 117.

45 N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *op. cit.*, p. 2075.

46 *Ibid.*

47 Convention sur la diversité biologique, CBD/COP/15/L.25, 18 décembre 2022.

48 Convention sur la diversité biologique, CBD/COP/DEC/14/8, 30 novembre 2018.

49 Communication de la Commission, Stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030 – Ramener la nature dans nos vies, 20 mai 2020 : COM (2020), 380 final.

50 En 2021, seuls 1,8 % des écosystèmes terrestres et marins étaient classés en aires protégées : Office français de la biodiversité, *La stratégie nationale pour les aires protégées 2030*. [En ligne] < <https://www.ofb.gouv.fr/la-strategie-nationale-pour-les-aires-protgees> >, consulté le 31/10/2025.

51 C. env., art. L. 110-4 : « I.- L'État élabore et met en œuvre, sur la base des données scientifiques disponibles et en concertation avec des représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements ainsi que des autres parties prenantes, une stratégie nationale des aires protégées dont l'objectif est de couvrir, par un réseau cohérent d'aires protégées en métropole et en outre-mer, sur terre et en mer, au moins 30 % de l'ensemble du territoire national et des espaces maritimes sous souveraineté ou juridiction française. Ce réseau vise également la mise sous protection forte d'au moins 10 % de l'ensemble du territoire national et des espaces maritimes sous souveraineté ou sous juridiction française.

La stratégie mentionnée au premier alinéa du présent I vise à la protection de l'environnement et des paysages, à la préservation et la reconquête de la biodiversité, à la prévention et à l'atténuation des effets du dérèglement climatique ainsi qu'à la valorisation du patrimoine naturel et culturel des territoires. Elle tient compte de l'évolution du risque incendie. »

52 M. VEREL, « Une certification pour la protection forte », *RJE*, 47(3), 2022, p. 593-602.

53 Décret n° 2022-527 du 12 avril 2022, art. 2, II.

54 *Obligation réelle environnementale*, Fiches de synthèse, ministère de la Transition écologique et de la cohésion des territoires, Cerema, p. 5. [En ligne] < <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/Vdef-03042024-Guide%20ORE-2.pdf> >, consulté le 31/10/2025.

- 55 M. VEREL, « Une certification pour la protection forte », *op. cit.*
- 56 Décret n° 2022-527 du 12 avril 2022, art. 5.
- 57 CE, 6 nov. 2024, n° 468106, Assoc. Bloom : JurisData n° 2024-020592.
- 58 L. PEYEN et R. RADIGUET, « Chronique de jurisprudence de droit de l'environnement. Décisions de juillet à décembre 2024 », JCP A n° 9, 3 mars 2025, p. 2062.
- 59 P. BENEZECH-SARRON, *La protection contractuelle des sols. Contribution à l'étude des contrats affectant la propriété foncière à la protection de l'environnement*, *op. cit.*, p. 344 sq.
- 60 CGI, art. 1394 D.
- 61 Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, « Obligations réelles environnementales : bilan et perspective », 9 avril 2025, Sénat, salle Clémenceau.
- 62 CGI, art. 1395 B bis.
- 63 Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité, janv. 2021.
- 64 Note de la Fondation pour la recherche sur la biodiversité, « Comment développer les Obligations réelles environnementales (ORE) en France ? », mars 2021.
- 65 C'est notamment le cas pour la Californie, le Maine, le Colorado, le Montana, la Virginie, New York, le Vermont, le Nouveau-Mexique, la Pennsylvanie et Massachusetts, « National Land Trust Census Report », Land Trust Alliance, 2005.
- 66 Section 2031(c) of the *Internal Revenue Code*.
- 67 Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020, art. 252.
- 68 Loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022, art. 193. L'appellation avait également évolué vers une « dotation de soutien aux communes pour la protection de la biodiversité et pour la valorisation des aménités ».
- 69 Bien que la gestion des sites Natura 2000 fasse une large part à l'approche contractuelle (chartes ou contrats Natura 2000, C. env. art. L. 414-3), mais toujours dans le respect du document d'objectif (DOCOB)

établi en concertation avec les membres du COPIL (C. env. art. L. 414-2) et qui est approuvé unilatéralement par le seul préfet.

70 Loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024, art. 243.

71 Les aménités rurales sont définies dans l'exposé des motifs du projet de loi de finances pour 2024 : « Les aménités rurales sont constituées par les services écosystémiques, liés aux attributs physiques, géophysiques et biologiques caractéristiques des territoires ruraux et qui créent des valeurs économiques et environnementales. Le maintien et le développement de ces aménités sont des services environnementaux rendus par les territoires ruraux au bénéfice des collectivités locales et nationale. »

72 CGCT, art. L. 2335-17, II, 1° : « En métropole, les communes rurales sont les communes caractérisées comme rurales, au sens de l'Institut national de la statistique et des études économiques et selon les données disponibles au 1^{er} janvier de l'année de répartition. Dans les départements et les régions d'outre-mer, sont considérées comme rurales les communes de moins de 10 000 habitants. »

73 CGCT, art. L. 2335-17, II, 2°.

74 CGCT, art. R. 2335-16-2.

75 Instruction relative à la répartition de la dotation de soutien aux communes pour les aménités rurales pour l'exercice 2024, 24-009384-D.

76 E. CARPENTIER, « Le droit de l'urbanisme postmoderne », AJDA, 2025, p. 326. Plus généralement, voir J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne : les transformations de la régulation juridique », RD publ., 1998, p. 659 ; *L'État postmoderne*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit et société », 6^e édition, 2023.

77 J.-P. LEBRETON, « L'urbanisme et les législations réputées indépendantes », AJDA n° spécial, *Droit de l'urbanisme. Bilan et perspectives*, 1993, p. 20.

78 CE, 1^{er} juill. 1959, n° 38893, Sieur Piard : Rec. p. 413 ; CE, 20 avr. 2005, n° 248233, Sté Bouygues Telecom : JurisData n° 2005-068430 ; AJDA, 2005, p. 1191, concl. Y. Aguila ; BJD 5/2005, p. 115, obs. J.-Cl. Bonichot.

79 CE 10 déc. 1993, Peix, req. n° 115955.

80 CE 18 déc. 1974, Consorts Israel, req. n° 79121, *Lebon*.

81 Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, « Obligations réelles environnementales : bilan et perspective »,

9 avril 2025, Sénat, salle Clémenceau.

82 L'ORE patrimoniale correspond aux ORE conclues de manière volontaire, sans répondre à une obligation pesant sur un maître d'ouvrage.

83 L'ORE de compensation est prévue à l'alinéa 2 de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement qui précise qu'un contrat ORE peut être conclu pour mettre en œuvre des mesures de compensation environnementales qui s'imposent à certains porteurs de projet dont la réalisation a des incidences négatives notables sur l'environnement et la biodiversité.

C. LEGUYADER, « L'obligation réelle environnementale et la compensation », *Cahiers du CRIDON*, n° spécial, 2020, p. 45-50.

84 Le réseau des conservatoires des espaces naturels a conclu plus de 100 ORE dont les $\frac{3}{4}$ sont des ORE patrimoniales. Environ $\frac{1}{4}$ des ORE ont été conclues sur des propriétés publiques.

85 Voir European Networks for Private Land Conservation : [En ligne] < <http://enplc.eu/> >, consulté le 20/11/2025.

86 A. GUETTÉ et D. THIERRY, « Les ORE patrimoniales en France : contribution à un état des lieux national et à l'analyse de leurs dynamiques territoriales », projet tutoré du M2 Environnement, Territoire Paysage, promotion 2024-2025, de l'Université de Tours, pour le compte du comité français de l'Union internationale pour la Conservation de la Nature (UICN).

87 Treas. Reg. § 1.170A-14 (g) (1). Voir également : J. PIDOT, « Conservation easement reform: as Maine goes should the nation follow? », 74 *Duke J. L. & Contemp. Probs.* 1, 2011, p. 8 ; N. A. McLAUGHLIN, « Tax-deductible conservation easements and the essential perpetuity requirements », 37 *Va. Tax Rev.*, 2017, p. 1.

88 « Conservation Easement Audit Techniques Guide », I.R.S., 24 janv. 2018, p. 12.

89 R. H. LEVIN, « A guided tour of the conservation easement enabling statutes », Land Trust Alliance, 2010.

90 Me. Rev. Stat. Ann. tit. 33, § 479-C.

91 *Ibid.*

92 Voir en particulier les systèmes du Colorado, du Maine, du Montana, du Maryland, du Massachusetts et du Vermont : A. W. MORRIS, *The changing landscape of conservation easements: public accountability & evolving oversight*, Santa Cruz, University of California, 2009, p. 79-106.

93 Une organisation à but non lucratif administrée par la *Florida State University*, le *Florida Natural Areas Inventory*, a été chargée de suivre les servitudes de conservation à l'échelle de l'État. Le système reste toutefois volontaire quant aux informations transmises. [En ligne] < <https://www.fnai.org/> >, consulté le 20/11/2025.

94 Un système de base de données, développé par l'Université du New Hampshire et connu sous le nom de NH-GRANIT, fournit au public des informations sur les servitudes de conservation par le biais d'un système d'information géographique basé sur le Web. [En ligne] < <http://www.granit.unh.edu/> >, consulté le 20/11/2025.

95 En 2006, la Californie a adopté une deuxième loi de suivi des servitudes qui a créé un registre national des servitudes de conservation. Cependant, ce registre est limité aux servitudes de conservation détenues, financées ou requises par l'État et ne capture qu'un ensemble de données très limité : Cal. Pub. Res. Code § 5096.520. Les données du registre des servitudes de conservation de la Californie sont accessibles au public, cependant, l'accès à ces données est difficile en raison du manque complet de données spatiales permettant d'identifier ou de référencer des servitudes de conservation spécifiques : A. W. MORRIS et A. R. RISSMAN, « Public access to information on private land conservation: tracking conservation easements », *Wis. L. Rev.*, 2009, p. 1237 : « l'absence de données spatiales limite sérieusement l'utilité des données pour l'aménagement du territoire. Le fait de ne pas inclure d'informations sur les restrictions des servitudes de conservation et les efforts continus de surveillance et d'application restreint la capacité du public à savoir dans quelle mesure les valeurs de conservation sont protégées ».

96 Tout détenteur de servitude de conservation doit transmettre les données relatives à la création ou au transfert de servitudes. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas à la modification, à la surveillance ou à toute autre catégorie de mesures pertinentes concernant une servitude de conservation : Va. Code § 10.1-1012 (2011). Ces lois ne créent pas elles-mêmes un registre des servitudes de conservation, mais ont facilité la création. Le *Virginia Department of Conservation and Recreation* gère une base de données sur les terres protégées au niveau de l'État : [En ligne] < <https://www.dcr.virginia.gov/natural-heritage/clinfo> >, consulté le 20/11/2025.

97 Les détenteurs de servitudes de conservation peuvent déclarer volontairement les données sur les servitudes de conservation au *Montana*

Natural Heritage Program, qui suit les servitudes de conservation dans cet État depuis 1997.

98 Au Massachusetts, les servitudes de conservation détenues par les municipalités et les comtés doivent être approuvées par le secrétaire aux affaires environnementales du Massachusetts, tandis que les autres servitudes de conservation doivent être approuvées à la fois par le secrétaire aux affaires environnementales et par l'organe directeur local (Mass. Gen. Laws ch. 184, § 32 2010). Toutefois ces lois du Massachusetts ne prescrivent pas l'enregistrement des servitudes de conservation. Néanmoins, il peut être possible de récupérer les données sur les servitudes de conservation grâce à la trace papier générée par le processus d'approbation (voir J. L. OLMSTED, « The invisible forest: conservation easement databases and the end of the clandestine conservation of natural lands », 74 *Law & Contemp. Probs.*, 2011, p. 73). De plus, bien que le Massachusetts n'ait pas de registre obligatoire des servitudes de conservation, l'État en a un volontaire, mais il est limité aux servitudes détenues par des entités gouvernementales, [En ligne] < <https://www.mass.gov/orgs/massgis-bureau-of-geographic-information> >, consulté le 20/11/2025.

99 La NCED n'inclut toutefois pas les servitudes qui ne sont pas au format numérique : G. KORNGOLD, S. MUNTEANU, L. E. SMITH, « An empirical study of modification and termination of conservation easements: what the data suggest about appropriate legal rules », 24 *N.Y.U. Envtl. L.J.*, 2016, p. 1.

100 [En ligne] < <https://www.conservationeasement.us/> >, consulté le 20/11/2025.

101 Pour une étude portant sur la place des ORE au sein du droit de l'urbanisme, voir F. PEYTHIEUX, « L'obligation réelle environnementale et le droit de l'urbanisme », *Cahiers du CRIDON*, n° spécial, 2020, p. 39-44.

102 Construction d'aménagements nécessitant une autorisation d'urbanisme, interdiction de bâtir, de dépasser une hauteur maximale...

103 C. JOHNSON, « Perpetuating perpetuity », 31 *Utah Envtl. L. Rev.*, 2011, p. 437.

104 Dans le Massachusetts deux procédures coexistent. Si le titulaire est une entité publique locale, l'approbation d'une autorité administrative (secrétaire aux affaires environnementales, commissaire au district métropolitain ou à l'agriculture) est requise : Mass. Ann. Laws ch. 184 § 32(a). En revanche, si le titulaire est une organisation caritative ou une fiducie

foncière, l'approbation des élus locaux est également exigée : Mass. Ann. Laws ch. 184 § 32(b).

105 Dans le Montana, le titulaire doit solliciter l'avis de l'autorité de planification du comté avant enregistrement. L'avis rendu dans un délai de 90 jours est consultatif, mais vise à vérifier la compatibilité avec les documents de planification locaux : Mont. Code Ann. § 76-6-206.

106 Dans le Nebraska, toute servitude doit recevoir l'approbation de l'organisme public compétent, après consultation obligatoire de la commission d'urbanisme locale, qui dispose de 60 jours pour rendre un avis. Le projet peut être refusé s'il est incompatible avec des documents d'aménagement ou des programmes de conservation existants : Neb. Rev. Stat. Ann. § 76-2,112(3).

107 Dans l'Oregon, une concertation publique doit être organisée préalablement à l'implantation de servitudes de conservation proposées par les entités gouvernementales dans les comtés de Washington ou de Clackamas : Or. Rev. Stat. § 271.735(1), (4). En revanche, rien n'est précisé pour les servitudes acquises par des organismes privés de bienfaisance.

108 En Virginie, les organismes publics souhaitant acquérir une servitude de conservation doivent préalablement s'assurer que cette dernière est conforme au règlement de la zone concernée : Va. Code. Ann. § 10.1-1701.

109 C. env., art. L. 371-1 sq.

110 C. env., art. L. 371-1.

111 C. env., art. L. 371-2.

112 CGCT, art. L. 1111-9, II, 2^o, modifié après L. n^o 2014-58, 27 janv. 2014, de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles : JO 28 janv. 2014.

113 *Ibid.*

114 CGCT, art. L. 4433-7 sq.

115 CGCT, art. L. 4433-7-1 pour les SAR et art. L. 4424-10 CGCT pour le PADDuC en Corse.

116 C. env., art. L. 4251-2 CGCT et L. 371-3.

117 CGCT, art. R. 4251-6 et R. 4251-11.

118 C. env., art. L. 371-3, III, d).

119 O. PELEGRIN et T. MOUGEY, *Étude sur les outils de nature contractuelle au service de la Trame verte et bleue*, COMOP Trame verte et bleue, 2010, ann. 56.

120 J. VERT et J. COLOMB, « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », *Prospective et Évaluation* n° 2, mars 2009.

121 « Trame verte et bleue. Les outils pour sa mise en œuvre », cahier technique n° 91, ministère de la Transition écologique et solidaire et Agence française pour la biodiversité, 2017.

122 Pour rappel, le rapport de compatibilité est une relation de subordination moins exigeante que le rapport de conformité, mais plus exigeant que le rapport de prise en compte. Le rapport de compatibilité interdit toute contrariété entre les normes mais tolère tout de même une certaine distance entre les deux. La compatibilité permet une application souple de la norme de référence et laisse une certaine latitude à celui à qui elle s'impose. Voir notamment J.-P. LEBRETON, « La compatibilité en droit de l'urbanisme », *AJDA* 1991, p. 491 ; J.-C. BONICHOT, « Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeux de rôle ? », *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 49.

123 C. urb., art. L. 131-1, 15°.

124 T. COUSSENS-BARRE, « Le SRADDET, une solution régionale pour la protection de la biodiversité ? », *JCP A*, n° 26, 1^{er} juillet 2024, p. 2192.

125 C. urb., art. L. 141-10, 3° et R. 141-6.

126 C. urb. art. L. 131-4, 1°.

127 Le rapport de présentation des PLU régi par l'article L. 151-4 du Code de l'urbanisme se fonde sur un diagnostic prenant en considération les besoins répertoriés « notamment en matière de biodiversité ». La référence à la biodiversité disparaît ensuite des articles L. 151-5 et suivants relatifs au PADD et aux OAP du PLU. L'article L. 151-6-2 impose l'adoption d'une OAP portant sur les actions nécessaires pour mettre en valeur les continuités écologiques.

128 C. urb. art. L. 211-1-1.

RÉSUMÉS

Français

L'article analyse le recul progressif du modèle français de protection des espaces naturels fondé sur l'acquisition publique, fragilisé par la baisse des ressources et le recul des acquisitions du Conservatoire du littoral et des départements. Face à cette crise, émergent des outils alternatifs – en particulier les obligations réelles environnementales (ORE), inspirées des *conservation easements* américaines – qui permettent de protéger des terrains privés sans les acquérir. Leur institutionnalisation est toutefois limitée par la persistance de plusieurs freins dont notamment leur faible attractivité fiscale, l'absence de registre national, et le principe d'indépendance des législations qui empêche leur intégration dans la planification urbaine. L'étude montre ainsi que la France adopte les instruments américains sans en transposer la logique profonde, ce qui conduit à une situation paradoxale : l'État n'a plus les moyens d'acquérir pour protéger, mais n'assume pas pleinement une stratégie de protection sans acquisition.

English

The article examines the gradual decline of the French model of natural area protection based on public land acquisition, a model now weakened by reduced financial resources and the decreasing number of acquisitions by the Coastal Conservancy and the départements. In response to this crisis, alternative tools have emerged—particularly Environmental Real Obligations (ORE), inspired by American conservation easements—which make it possible to protect private land without purchasing it. However, their institutionalisation remains limited due to several persistent obstacles, notably their low fiscal attractiveness, the absence of a national registry, and the principle of independence between legal regimes, which prevents their integration into urban planning. The study thus shows that France adopts American instruments without transposing their underlying logic, leading to a paradoxical situation: the State no longer has the means to acquire land in order to protect it, yet does not fully embrace a strategy of protecting without acquiring.

INDEX

Mots-clés

maîtrise foncière publique, externalisation patrimoniale, obligations réelles environnementales (ORE), *conservation easements*, zones de protection forte (ZPF), Dotation pour aménités rurales, espaces naturels, trame verte et bleue (TVB), indépendance des législations, conservatoire du littoral, espaces naturels sensibles (ENS)

Keywords

Keywords

AUTEUR

Patricia Benezech-Sarron

Patricia Benezech-Sarron est maîtresse de conférences en droit public à Aix-Marseille Université. Elle est membre du Laboratoire Interdisciplinaire en Urbanisme (LIEU) et codirectrice du parcours de master « Droit de l'urbanisme et Droit de l'environnement »

IDREF : <https://www.idref.fr/188010254>

Les fondations culturelles d'origine publique en Italie. Une comparaison avec l'expérience française

Francesca Saveria Pellegrino

DOI : 10.35562/droit-public-compare.758

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Introduction
2. Un bref aperçu du système juridique français
3. La diffusion et les types de fondations dans l'activité administrative en Italie
 - 3.1
·
Gouvernance
 - 3.2. Instruments des entreprises publiques et privés
4. Les incertitudes du modèle italien. Le recours au régime de *l'in house providing*
5. La valorisation et la gestion du patrimoine culturel par les fondations en Italie et en France : cas pratiques
 - 5.1. La Fondazione MAXXI
 - 5.2. La fondation du patrimoine
6. Les conclusions

TEXTE

1. Introduction

- 1 Au cours des dernières décennies, les fondations se sont imposées comme des acteurs significatifs dans la gestion des services d'intérêt général en Italie, participant à un mouvement plus large de redéfinition du rôle de l'administration publique. Ce phénomène traduit une tendance à la recherche de formes organisationnelles plus flexibles, capables de mobiliser des ressources privées au service d'objectifs collectifs. En particulier, les fondations, grâce à leur

capacité à mobiliser des fonds privés, sont dans une position privilégiée pour agir en tant que catalyseurs de l'innovation et du changement social, dans des secteurs essentiels tels que la culture, le sport, la santé ou l'éducation.

- 2 L'usage croissant du modèle de la fondation dans des domaines traditionnellement administratifs, et notamment dans celui de la culture, illustre cette évolution vers une « administration partenariale », où la distinction entre public et privé tend à se recomposer autour de la poursuite d'intérêts communs.
- 3 En Italie, ce processus s'est développé sans cadre juridique homogène¹. Les fondations d'origine publique y constituent un ensemble diversifié : certaines sont issues de la transformation d'institutions publiques, d'autres ont été créées *ex novo* pour exercer des fonctions instrumentales de l'État ou des collectivités territoriales. Cette pluralité témoigne d'une certaine vitalité institutionnelle. Elle soulève cependant des interrogations sur la nature juridique de ces entités, sur l'étendue du contrôle public qu'elles subissent et, plus largement, sur la cohérence d'un système qui oscille entre une privatisation essentiellement formelle et la persistance d'une logique propre au droit public. Dans ce contexte, les modes de gouvernance et les instruments d'action varient d'une fondation à l'autre, selon la place accordée aux éléments de droit public. Il en résulte également une difficulté objective à identifier les règles applicables à leurs actions en ce qui concerne, par exemple, l'application du code de la commande publique, les relations de travail, la responsabilité, la lutte contre la corruption et la transparence.
- 4 La présente étude propose une analyse critique de ce modèle, en le remplaçant dans une perspective comparée avec le système français. Ce dernier offre un point de contraste particulièrement fécond : la France dispose d'une législation plus structurée en matière de fondations, articulée autour d'un encadrement organique et d'une classification clairement définie (fondations reconnues d'utilité publique, fondations abritées, fonds de dotation, etc.). À travers cette comparaison, il s'agit moins d'opposer deux systèmes que de comprendre comment la construction juridique du modèle de la

fondation conditionne son efficacité dans la gestion des services publics.

- 5 Le choix du champ culturel n'est pas le fruit du hasard. La gestion et la mise en valeur du patrimoine culturel constituent un laboratoire privilégié de l'hybridation institutionnelle : elles requièrent à la fois la garantie de la protection publique et la souplesse d'une gestion entrepreneuriale. Dans ce contexte, les fondations apparaissent comme des instruments privilégiés pour concilier ces deux exigences. L'étude se concentre ainsi sur deux cas emblématiques – la Fondazione MAXXI en Italie et la Fondation du Patrimoine en France – qui permettent d'observer concrètement les effets des différences normatives et organisationnelles sur la gouvernance, le contrôle public et la performance des fondations publiques.
- 6 Sur le plan méthodologique, la démarche adoptée ne se limite pas à juxtaposer deux ordres juridiques, mais vise à identifier les convergences et divergences dans la manière dont chacun organise la coopération entre acteurs publics et privés pour la gestion des services d'intérêt général.
- 7 L'objectif est donc double : décrire les typologies et les mécanismes juridiques propres aux fondations à participation publique en Italie et analyser comment le modèle français, par la clarté de son encadrement et la diversité de ses outils, peut offrir des éléments utiles de rationalisation pour le système italien.
- 8 Cette approche permettra, en conclusion, de formuler quelques observations sur la nécessité d'un cadre juridique organique des fondations publiques italiennes, afin que le modèle des fondations puisse déployer pleinement son potentiel dans la gestion du patrimoine culturel et, plus largement, dans l'administration des services publics.

2. Un bref aperçu du système juridique français

- 9 La France, elle aussi, a connu une large utilisation du modèle de la fondation dans la gestion des services d'intérêt général². Le système français se distingue, toutefois, par une plus grande unité des

dispositions. En effet, il existe un cadre plus structuré et systématisé pour les fondations, caractérisé par un large éventail de modèles de fondations publiques-privées avec des degrés variables d'implication du secteur public et des exigences précises en termes de création, de gouvernance et de contrôle³.

- 10 En 1987, la loi sur le développement du mécénat a réglementé pour la première fois les fondations reconnues d'utilité publique⁴.
- 11 Elles sont déclarées par décret après avis positif du Conseil d'État et sont soumises à la tutelle du ministère de l'Intérieur. Leurs statuts sont normalisés et assurent un équilibre entre la représentation publique et la représentation privée. La reconnaissance d'utilité publique nécessite donc un temps assez long, ainsi qu'un capital initial d'au moins 1,5 million d'euros. La fondation doit ensuite disposer, en plus de ses statuts, d'un règlement intérieur précisant les modalités d'application des dispositions statutaires. Ce règlement n'entre en vigueur qu'après la déclaration d'utilité publique du ministère de l'Intérieur. Ce dernier peut toutefois s'opposer à tout élément du règlement qui ne serait pas conforme au cadre légal.
- 12 La même loi s'applique également aux fondations abritées ; celles-ci n'ont pas de personnalité morale, mais portent toujours le titre de « fondation » et sont caractérisées par le fait qu'elles sont hébergées par une fondation mère⁵. Le processus de création et de gestion est beaucoup plus simple et permet d'utiliser l'expertise de la fondation abritante. Dans ce modèle, les fondateurs sont accompagnés dans leur processus philanthropique et déchargés de la gestion administrative de la fondation.
- 13 Comme en Italie, les fondations jouent un rôle très important dans l'enseignement supérieur et la recherche en France. Depuis 2007, les universités disposent de deux instruments pour mobiliser des fonds auprès des entreprises et des particuliers : les fondations universitaires et les fondations partenariales⁶. Dans ces dernières, la présence d'un Commissaire du Gouvernement assure le lien avec l'administration centrale et des fonctions de garantie impartiale. Dans ce cas également, l'utilisation de statuts types, d'organes de contrôle indépendants et d'une supervision administrative *ex ante* permet d'éviter les ambiguïtés et les confusions typiques de l'expérience italienne.

- 14 Enfin, une innovation importante dans le paysage des fondations est l'introduction du fonds de dotation⁷. Il s'agit d'un instrument plus souple ; il n'a pas le droit de porter le nom d'une fondation, mais fonctionne de la même manière. La procédure de création ne passe pas par le Conseil d'État, mais uniquement par la préfecture, qui vérifie la mission d'intérêt général. Il peut recevoir des dons, des legs et tous les financements privés, mais pas de financements publics.
- 15 Cette architecture plurielle présente une logique de gradation : du contrôle étroit des FRUP à la liberté relative des fonds de dotation, le système français permet une modulation du régime juridique en fonction du degré d'implication publique et de l'importance des missions poursuivies. Il repose sur une conception organique du partenariat public/privé, où l'État assume un rôle de garant et non d'acteur direct.
- 16 Cette structuration contribue à la fois à la sécurité juridique des acteurs et à la légitimité démocratique du modèle, en rendant plus explicite la frontière – toujours mouvante – entre autonomie de gestion et garantie de l'intérêt général.
- 17 Contrairement à ce qui vient d'être observé pour la France, le système juridique italien, comme nous allons l'examiner, est dépourvu d'un tel cadre juridique organique⁸.

3. La diffusion et les types de fondations dans l'activité administrative en Italie

- 18 L'essor des fondations dans le secteur public s'inscrit dans un mouvement plus large de diversification des modes de gestion des services d'intérêt général, motivée par la nécessité d'une plus grande efficacité, d'une réduction des dépenses publiques et d'une plus grande réactivité dans la réponse à des besoins sociétaux complexes. En tirant parti de l'expertise et des ressources financières du secteur privé, les autorités publiques peuvent ainsi améliorer la qualité, l'accessibilité et la durabilité des services fournis aux citoyens⁹.

- 19 Depuis le ^{xxi}^e siècle, l'Italie a assisté à la prolifération de fondations à participation publique ou sous contrôle public dont la fonction est d'exercer des activités typiquement administratives¹⁰. Ainsi, ces sujets, qui s'inscrivent dans un processus plus général de redéfinition de l'intervention publique à travers les politiques de privatisation, se sont répandus dans le pluralisme multiforme de l'administration désagrégée¹¹ et ont contribué à l'émergence de formes organisationnelles diverses relevant du modèle de la fondation qui agit dans la poursuite d'objectifs dans l'intérêt de la communauté.
- 20 Le modèle de la fondation est considéré comme capable d'assurer une transition progressive vers des méthodes de gestion de type entrepreneurial, tout en maintenant l'orientation des activités vers des finalités d'intérêt public et la possibilité pour l'organisme public de continuer à exercer une certaine forme de contrôle et d'intervention. Cependant, l'utilisation des fondations soulève d'importantes questions, à commencer par la nature de ces entités qui opèrent à la frontière entre l'administration publique et l'entreprise privée, dans lesquelles les autorités publiques exercent encore un contrôle substantiel. En effet, même si la forme reste privée, dans certains cas, des éléments tels que la prévalence de membres nommés par des organismes publics ou un financement public majoritaire ont limité la privatisation au point de la réduire à un niveau purement formel. Le risque est donc d'annuler les avantages réels que l'instrument de la fondation, avec son autonomie et sa flexibilité typiques, peut offrir à la gestion de l'intérêt public.
- 21 En Italie, dans un cadre disciplinaire complexe et morcelé, c'est la doctrine qui a cherché à systématiser la matière en proposant différentes classifications des fondations d'origine publique¹².
- 22 Parmi celles-ci, une première distinction peut être faite sur la base de l'origine du patrimoine : a) les fondations à base privée, qui fournissent des services et des financements à partir d'un patrimoine privé ; b) les fondations à participation privée, qui dérivent généralement de la transformation d'organismes publics et visent à impliquer des entités privées dans le capital et la gestion ; c) les fondations instrumentales de l'entité fondatrice publique, dans lesquelles la participation privée est éventuelle¹³.

- 23 Une autre typologie repose sur leur genèse : a) d'abord privée puis publique, il s'agit d'entités qui sont revenues à la forme originale d'une fondation ; b) résultant de la transformation d'entités publiques ; c) créées *ex novo*, par la loi ou de manière autonome par l'AP elle-même¹⁴.
- 24 En outre, sur la base de la relation public/privé, une distinction peut être faite entre : a) les fondations privées d'intérêt public, qui sont de nature privée mais ont des profils fonctionnels/structurels publics et des régimes juridiques particulières ; b) les organismes publics sous la forme d'une fondation, avec une enveloppe privée mais essentiellement publique ; c) les fondations de droit privé créées ou auxquelles participent des administrations publiques, souvent au niveau local et pouvant se référer au modèle des fondations participatives¹⁵.
- 25 Selon leurs caractéristiques, certaines fondations peuvent relever de plusieurs catégories à la fois. Quelques exemples peuvent aider à mieux comprendre ce polymorphisme.
- 26 En raison de leur évolution particulièrement mouvementée, les fondations lyrico-symphoniques méritent d'être évoquées. En ce qui concerne leur genèse, elles sont le résultat de la privatisation d'entités publiques, tandis qu'en ce qui concerne leur patrimoine, elles ont une base publique-privée. Le législateur a cependant eu du mal à trouver le juste équilibre du rapport public/privé dans la structure de ces entités, et la doctrine et la jurisprudence se sont longtemps interrogées sur leur nature réelle.
- 27 La transformation des organismes lyriques en fondations a commencé en 1996 avec le décret législatif n° 367 et a été complétée par des interventions ultérieures au début des années 2000. Les objectifs et les activités demeuraient inchangés : la diffusion de l'art musical restait au cœur de la mission. La viabilité économique de ces entités est toutefois particulièrement complexe : des coûts élevés de fonctionnement et, dans la plupart des cas, des recettes insuffisantes ont nécessité une contribution importante de l'État et des interventions réglementaires spécifiques continues. Au fil du temps, le législateur a donc dû intervenir pour redéfinir la réglementation, à la recherche du cadre adéquat dans un secteur où l'État oscille entre

des formes de mécénat et la nécessité de contenir les dépenses publiques¹⁶.

- 28 Le processus de réorganisation de ces fondations a montré des résultats discordants selon les expériences individuelles, confirmant l'inhomogénéité intrinsèque de ces réalités.
- 29 À l'opposé, les fondations d'origine bancaire illustrent une privatisation aboutie. Issues de la transformation des caisses d'épargne et des établissements de crédit à la suite des réformes bancaires des années 1990, elles exercent des activités sociales pour l'ensemble de la collectivité. Comme les fondations lyriques, elles sont également le résultat d'une privatisation légale et d'un processus d'évolution complexe¹⁷. Elles opèrent dans des secteurs particulièrement importants tels que la recherche scientifique, le secteur culturel¹⁸, l'éducation ou l'assistance sociale, et représentent une part très importante des dotations totales allouées à ces secteurs.
- 30 Pour leur part, les fondations universitaires sont un exemple de fondation de droit public qui poursuit des fins instrumentales par rapport à l'organisme qui les a créées. Dans ce domaine, l'utilisation de la fondation est perçue comme un instrument fonctionnel pour le bon fonctionnement de l'administration et l'instrumentalité est perçue par rapport aux fonctions institutionnelles qui restent réservées aux universités.

3.1. Gouvernance

- 31 Lorsqu'une fondation a une origine publique ou voit une participation significative d'organismes publics, des questions délicates se posent quant à l'équilibre entre l'autonomie de gestion et le contrôle institutionnel. Dans ces cas, la régulation de la gouvernance joue un rôle central, car elle touche à des questions non seulement de légitimité de l'intervention publique dans la vie de la fondation, mais aussi de compatibilité avec sa nature juridique d'entité privée. Ce qui est en jeu, en effet, c'est la résilience d'un modèle qui vise à combiner l'efficacité opérationnelle propre au droit privé avec la garantie des intérêts publics poursuivis à travers l'instrument de la fondation. C'est pour cette raison que les dispositions communes du Code civil sont

parfois adaptées ou remplacées par des dispositions particulières mieux adaptées à la réalisation des intérêts poursuivis.

- 32 L'un des objectifs déclarés des réformes qui ont touché les fondations, en particulier celles créées par la transformation des institutions publiques, a été d'attirer les ressources et l'expertise du secteur privé. Cet objectif ne peut être atteint que si la structure de gouvernance est perçue comme autonome, transparente, orientée vers les résultats et non conditionnée par une logique politique ou administrative. C'est pourquoi les modèles de gouvernance des fondations publiques ou mixtes doivent être conçus avec soin, en tenant compte de la composition et du fonctionnement des organes de direction et de contrôle, des procédures de nomination et de la séparation entre la gestion stratégique et la gestion opérationnelle. L'entité publique, qu'il s'agisse d'un ministère, d'une région, d'une université ou d'une collectivité locale, exerce généralement des fonctions d'impulsion, de supervision et de contrôle, mais elle doit le faire en évitant les dérives qui compromettent l'autonomie effective de la fondation.
- 33 En Italie, les fondations de partenariat public présentent une pluralité de modèles, avec des différences significatives reflétant la variété des objectifs, des domaines d'intervention et des contextes d'origine. En général, les fondations italiennes sont dotées d'un conseil d'administration, d'un président, d'un directeur général et d'un organe de contrôle (conseil des commissaires aux comptes ou commissaire aux comptes unique). Certaines fondations peuvent également disposer d'un comité des participants ou d'un comité scientifique.
- 34 Le conseil d'administration exerce le pouvoir de direction et de contrôle et approuve les budgets et les programmes d'activité. Dans les fondations publiques, la composition du conseil d'administration est souvent réservée à une majorité d'entités fondatrices publiques. Cela reflète la nécessité de garantir que les objectifs publics sont poursuivis avec continuité et cohérence. Toutefois, la présence d'acteurs privés et la possibilité de cooptation introduisent des marges d'autonomie et d'équilibre interne.
- 35 Le président est le représentant légal et convoque le Conseil, tandis que le directeur général (ou le surintendant, dans le cas des

fondations culturelles) gère les activités ordinaires. Les statuts peuvent prévoir des procédures de nomination qui requièrent un accord entre les parties publiques et privées, afin de garantir une gouvernance participative mais stable. La répartition des pouvoirs et des responsabilités au sein de la structure de gouvernance peut également varier d'un modèle à l'autre. Certaines fondations fonctionnent avec une séparation nette entre le conseil d'administration et la direction générale, tandis que d'autres ont une structure plus intégrée dans laquelle le conseil d'administration joue un rôle plus actif dans les opérations quotidiennes. Le degré d'autonomie accordé à la direction de la fondation est un facteur clé, car il peut influencer la capacité de l'organisation à réagir à des circonstances changeantes et à rechercher des solutions innovantes.

- 36 En ce qui concerne le rôle de l'entité publique dans la gouvernance, il est communément admis que la nomination d'agents publics au sein des organes directeurs des fondations n'est pas nécessairement en contradiction avec la nature de droit privé de ces entités¹⁹. Toutefois, cette intervention peut revêtir des aspects problématiques si elle n'est pas correctement équilibrée. Le risque est celui d'une ingérence telle que la fondation deviendrait qu'un prolongement de l'administration elle-même, avec pour conséquence une perte d'autonomie et un risque d'incertitude quant au statut public de l'entité. La jurisprudence a clairement établi que la fondation reste un sujet de droit privé, à moins que le contrôle public ne soit si omniprésent qu'il en modifie la nature.
- 37 Ces différentes combinaisons de mécanismes de gouvernance peuvent être mieux comprises en analysant la structure des fondations déjà mentionnée dans la section précédente.
- 38 Quant aux fondations lyriques, leur gouvernance est profondément influencée par la présence du ministère de la culture et des autorités territoriales, qui exercent de vastes pouvoirs en matière de nomination des organes, de supervision de la gestion et de réglementation des exigences des membres. Le conseil d'administration, présidé par le maire de la commune où se trouve le théâtre, est le principal organe de direction, tandis que le surintendant, figure centrale de la gestion artistique et organisationnelle, est nommé avec l'approbation du ministère. Les

dispositions prévoient également que la contribution privée au patrimoine des fondations ne peut excéder 40 %. Cette coprésence de sujets publics et privés, bien que conçue pour favoriser le pluralisme et la compétence, produit parfois des chevauchements et des conflits qui rendent difficile une gestion pleinement autonome et efficace. Le degré élevé de dépendance à l'égard du financement public, ainsi que la rigidité des règles de gouvernance, réduisent considérablement les possibilités de flexibilité et d'expérimentation, de sorte que ces fondations, bien que privées, restent essentiellement des organes auxiliaires de l'administration publique²⁰.

39 En y regardant de plus près, il semble donc que le législateur n'ait pas voulu procéder à une véritable dépublicisation, mais que la privatisation n'ait affecté que le statut juridique et formel de l'entité publique²¹.

40 La situation des fondations d'origine bancaire est tout à fait différente. Leur modèle de gouvernance prévoit trois organes fondamentaux : l'organe de décision, responsable des choix stratégiques, l'organe de gestion, responsable des activités opérationnelles, et l'organe de contrôle. Les statuts doivent garantir une représentation équilibrée des entités de nomination, en évitant les concentrations de pouvoir entre les mains d'organismes publics. Le ministère de l'économie exerce une surveillance limitée, axée sur le respect de la loi, la transparence et l'efficacité de la gestion des actifs, mais ne dispose d'aucun pouvoir de direction ou d'ingérence administrative. Au fil du temps, les fondations bancaires ont renforcé la qualité de leur gouvernance, en adoptant des critères plus stricts pour la sélection des membres, la prévention des conflits d'intérêts et la définition des limites des mandats²². Après un débat animé, leur configuration privée réelle a été définitivement clarifiée par la Cour constitutionnelle en tant qu'expression de l'autonomie privée et non de l'administration publique²³. Grâce à cette évolution, elles sont parvenues à préserver une identité authentiquement privée tout en opérant dans des domaines d'intérêt collectif, représentant ainsi l'une des plus hautes expressions du principe de subsidiarité horizontale.

41 Les fondations universitaires, en revanche, demeurent étroitement liées à l'administration universitaire qui les a créées. L'université exerce des pouvoirs de contrôle, de direction et, dans de nombreux

cas, de nomination et de révocation des membres des organes. Le financement est essentiellement public et les relations entre la fondation et l'université sont régies par des accords qui renforcent leur dépendance fonctionnelle. Dans ces cas, la gouvernance est fortement déséquilibrée en faveur de l'organe universitaire qui est également le fondateur et qui détient souvent la majorité absolue au sein du conseil d'administration et approuve les budgets, les règlements et les plans d'activité²⁴.

- 42 On constate ainsi que si les fondations bancaires ont acquis une réelle indépendance, la gouvernance des fondations lyriques-symphoniques et universitaires reste fortement marquée par des logiques publiques, souvent incompatibles avec la pleine réalisation du modèle fondationnel.

3.2. Instruments des entreprises publiques et privés

- 43 La combinaison hétérogène d'éléments publics et privés se reflète également dans la pluralité des instruments que les fondations peuvent utiliser pour mener à bien leurs activités. D'une part, il existe des instruments contractuels et de gestion de nature privée. D'autre part, elles sont soumises à des contraintes de droit public, en particulier lorsqu'elles fonctionnent avec des fonds publics ou exercent des fonctions publiques.
- 44 Leur structure formellement privée les place en dehors de l'appareil d'État au sens strict, mais les objectifs qu'elles poursuivent, qui sont souvent d'intérêt public, et l'implication directe d'organismes publics dans leur constitution ou leur gestion, conduisent à l'application des règles du secteur public dans de nombreux domaines d'activité.
- 45 La notion même d'« instruments d'activité » doit ici être entendue dans un sens large, englobant à la fois les instruments juridiques privés disponibles en tant que sujets de droit privé et les obligations juridiques publiques découlant de la fonction exercée ou de l'origine du financement.
- 46 D'une manière générale, les fondations opèrent principalement par le biais d'instruments de droit commun : elles concluent des contrats de location et de parrainage, embauchent du personnel selon les règles

du droit privé du travail et administrent leur patrimoine de manière autonome, avec des opérations qui ne nécessitent pas d'autorisation préalable. Ces instruments sont utilisés de manière stratégique pour mobiliser des ressources, mettre en œuvre des programmes et impliquer diverses parties prenantes, ce qui reflète la nature hybride de ces organisations. C'est précisément cette flexibilité qui leur permet une plus grande rapidité et capacité d'action que les organismes publics classiques, en particulier dans les domaines de la culture, de l'éducation et de la recherche. Cependant, lorsque des fonds publics entrent en jeu ou qu'une situation de contrôle public se matérialise, les fondations sont appelées à se conformer à un ensemble d'obligations : règles de transparence, contraintes anti-corruption, contrôles de la Cour des comptes et application du code des marchés publics si elles remplissent les conditions d'un organisme de droit public.

- 47 Après avoir dépassé depuis longtemps la distinction purement formelle entre les sujets publics et privés, c'est souvent la jurisprudence qui a défini, d'un point de vue matériel, les conditions d'application des règles publiques à ces sujets.
- 48 Une fois de plus, on peut voir comment cette ambivalence se manifeste de manière différenciée dans les différents types de fondations.
- 49 Les fondations lyriques-symphoniques, comme nous l'avons vu, bien que qualifiées de sujets de droit privé, se caractérisent par une forte nature publique. Elles interviennent dans le secteur musical à des fins d'intérêt national et dépendent fortement de financements publics. Les fondations doivent donc se conformer à des contraintes strictes en matière de personnel, de preuves publiques, ainsi qu'à des règles de transparence, d'incompatibilité et de contrôle des coûts. Cependant, malgré ce chevauchement réglementaire, elles conservent des marges d'autonomie de gestion : elles modifient leurs statuts, embauchent du personnel sous contrat privé et mettent en œuvre des stratégies culturelles en fonction de la dynamique du marché. En ce sens, des instruments tels que les parrainages, les activités commerciales auxiliaires et les donations libérales (récemment encouragées par le « Art Bonus ») constituent des canaux importants pour compléter les ressources publiques.

Cependant, il reste évident que leur nature hybride rend difficile une gestion véritablement indépendante : la prévalence des règles de publicité conditionne structurellement leur action, confirmant que le modèle est plus proche d'une privatisation de façade que d'une privatisation substantielle.

- 50 D'autre part, le caractère privé des fondations d'origine bancaire est aujourd'hui incontesté. Leurs activités se déroulent donc presque exclusivement par le biais d'instruments privés : elles investissent de manière indépendante et décident de leurs propres stratégies d'intervention pour financer des projets dans les domaines de la culture, de l'aide sociale et de la recherche. Le modèle de fonctionnement repose à la fois sur l'octroi de contributions à des tiers et sur la gestion directe d'initiatives. La tutelle ministérielle, exercée par le ministère de l'Économie et des Finances, se limite au contrôle de la légitimité et n'implique pas d'ingérence dans la gestion. En outre, les fondations bancaires bénéficient d'une grande souplesse de fonctionnement, ce qui leur permet de promouvoir des partenariats innovants avec des acteurs publics et privés, y compris dans des secteurs stratégiques tels que le logement social et l'éducation. Les fondations d'origine bancaire représentent donc un modèle de référence pour l'utilisation efficace d'instruments privés à des fins publiques, sans imposer de contraintes administratives étrangères à leur nature.
- 51 Les fondations universitaires occupent une position intermédiaire, à la frontière du public et du privé. Bien qu'elles soient formellement établies en tant qu'entités privées, elles sont considérées comme des organes instrumentaux des universités publiques. Les fondations universitaires sont principalement financées par des fonds publics et mènent des activités conformes aux objectifs institutionnels de l'université : recherche, transfert de technologie, formation. En tant qu'organismes de droit privé, elles disposent d'outils de gestion flexibles : elles peuvent conclure des contrats, engager du personnel selon les règles du droit privé et opérer sur le marché, mais, précisément en raison de leur nature instrumentale, elles sont soumises à des obligations publiques de transparence, de responsabilité et de contrôle, similaires à celles des administrations dont elles dépendent. Il en résulte une structure parfois en faveur de

la logique publique, qui limite la possibilité d'expérimenter des modèles novateurs et entrave l'implication effective des sujets privés.

- 52 Dans l'ensemble, le cadre des instruments utilisés par les fondations italiennes reflète leur nature juridique mixte et la variété des contextes opérationnels. Alors que certaines fondations peuvent agir avec une grande marge d'autonomie et adopter des instruments exclusivement privés, d'autres sont soumises à la réglementation du secteur public en raison du rôle qu'elles jouent ou de l'origine de leurs ressources. Ce chevauchement réglementaire, s'il n'est pas correctement encadré, est source d'incertitude et d'incohérence dans son application.

4. Les incertitudes du modèle italien. Le recours au régime de *l'in house providing*

- 53 Comme nous l'avons vu, l'une des principales questions critiques est précisément l'absence d'un encadrement juridique cohérent en la matière en Italie. Cela rend également incertaine l'application de certains outils de l'action administrative. Un point d'émergence de cette incertitude est, par exemple, la possibilité de recourir, pour ces entités, au régime de *l'in house providing*, une hypothèse que le législateur a, en revanche, expressément encadrée pour ce qui concerne les sociétés à participation publique. Pour cette raison également, la doctrine et la jurisprudence se sont longtemps interrogées sur sa compatibilité avec le modèle des fondations.
- 54 Une orientation plus ancienne, mais récemment rappelée par la Cour de cassation, refuse de reconnaître la qualification de quasi-régie aux fondations, sur la base d'une incompatibilité *a priori* entre fondation et *in house* en raison du fait que la fondation ne poursuit pas de but lucratif, alors que la quasi-régie ne trouverait sa place que dans le cadre d'activités économiques de nature entrepreneuriale²⁵.
- 55 L'absence de but lucratif, toutefois, n'exclut pas le caractère économique de l'activité des fondations, lequel doit être apprécié au regard des coûts et contreparties. Cette approche apparaît aujourd'hui dépassée et l'interprétation qui prévaut est que le

in house peut également être configuré pour les fondations²⁶. Ceci est, bien sûr, sous réserve du respect des exigences posées par le droit de l'Union : contrôle analogue, activité principale, absence de participation privée, qui peuvent également être remplies, de manière abstraite, dans la relation entre un organisme public et une entité non constituée en société, telle qu'une fondation²⁷. En effet, le statut *in house* indique une relation fonctionnelle entre l'entité contrôlante et l'entité contrôlée qui est indépendante de la forme juridique des entités et n'est pertinente qu'aux fins de confier des travaux ou des services publics²⁸. Il n'y a donc pas d'obstacles, du moins en théorie, à l'application de ce mécanisme. On peut toutefois se demander si le respect strict de ces exigences ne prive pas les fondations des avantages propres à la forme privée.

- 56 La jurisprudence qui a reconnu cette possibilité a, en tout état de cause, recommandé une vérification rigoureuse et ponctuelle des exigences, afin d'éviter que la quasi-régie ne devienne un outil permettant de contourner les règles de concurrence²⁹. L'évaluation du contrôle doit donc tenir compte de la stabilité de la relation et de la possibilité concrète d'influencer les décisions de l'entité contrôlée. Le degré de contrôle exercé par l'organisme public sur la fondation doit être similaire à celui qu'il exerce sur ses propres services, afin de garantir que la fondation agit effectivement comme un organe interne de l'administration publique.
- 57 En effet, le risque d'abus n'est pas seulement théorique ; de nombreuses fondations, bien que recevant des fonds publics, conservent des structures ouvertes à la participation privée, compromettant ainsi la neutralité de la fiducie. L'absence de procédures concurrentielles, si elle n'est pas justifiée par des exigences de fond, pourrait donc entraîner une distorsion du marché.
- 58 En ce qui concerne la vérification du contrôle, il convient de faire une distinction entre les fondations traditionnelles et les fondations participatives. Alors que dans les premières, il n'y a généralement pas d'intervention du fondateur – dont la volonté reste cristallisée dans les statuts – et qu'il est donc difficile de satisfaire à l'exigence de contrôle analogue, dans les secondes, ce contrôle est plus facile à configurer. En effet, dans les fondations participatives, les fondateurs publics participent activement à la vie de l'entité, exercent des

pouvoirs de direction et nomment parfois les organes de gestion. Dans ces cas, la coexistence d'un contrôle analogue et l'absence d'une participation privée significative peuvent justifier le recours à une attribution interne (*in house*), à condition – comme le précise la jurisprudence – qu'il n'y ait pas de participation privée de nature à entraîner un contrôle ou un droit de veto.

- 59 La quasi-régie peut en outre offrir plusieurs avantages en termes de simplification et de rapidité qui sont compatibles avec le choix même du modèle de la fondation dans la gestion des services d'intérêt général. Cette approche a, en effet, souvent été justifiée par la nécessité de disposer à la fois de compétences spécialisées pour sauvegarder l'intérêt public et par la plus grande flexibilité opérationnelle des fondations par rapport aux appareils bureaucratiques traditionnels.
- 60 Dans le domaine culturel, par exemple, la gestion en quasi-régie par des fondations a été largement utilisée par les autorités locales pour la gestion de musées, de théâtres et d'autres sites culturels.
- 61 C'est ce qui s'est passé avec la loi régionale de 2018 établissant la fondation Sistema Toscana³⁰. Dans ce cas, la Région exerce sur la fondation un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services internes, comme le prévoit expressément la même loi³¹, portant tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions opérationnelles. Les conditions sont donc parfaitement remplies.

5. La valorisation et la gestion du patrimoine culturel par les fondations en Italie et en France : cas pratiques

- 62 Parmi les secteurs où le modèle de la fondation s'est généralisé, il y a sans aucun doute celui de la gestion et de la valorisation du patrimoine culturel³². Le secteur culturel illustre particulièrement la tension entre les exigences de protection publique et la logique de gestion entrepreneuriale. C'est pourquoi les fondations représentent un modèle particulièrement innovant et adapté à la gestion du

patrimoine culturel, caractérisé par leur capacité à fonctionner de manière flexible, à attirer des capitaux privés et à établir des partenariats public-privé.

- 63 Les fondations actives dans le domaine culturel poursuivent souvent une double mission : préserver et protéger les biens culturels tout en promouvant leur valeur économique et sociale. Au moins en Italie, les processus impliquant les fondations dans le secteur culturel se sont concentrés sur les fonctions de gestion et de mise en valeur, tandis que la fonction de protection, qui a une dimension typiquement unilatérale et autoritaire, n'a pas été prise en compte.
- 64 Le système juridique italien prévoit l'utilisation de fondations pour la gestion du patrimoine culturel depuis les années 1990³³. Le règlement d'application, le décret ministériel 491/2001, a ensuite réglementé la création de fondations et la participation à celles-ci par le ministère du patrimoine et des activités culturelles. Ces fondations ont pour but d'exercer plus efficacement les fonctions ministérielles, en particulier la gestion et la mise en valeur du patrimoine culturel et la promotion des activités culturelles.
- 65 La réglementation confère au ministère un rôle important, avec de larges pouvoirs de supervision et de direction. Par conséquent, dans le domaine de la culture, bien qu'il y ait eu une importante privatisation sur le plan formel, une partie de la doctrine les assimile, en pratique, à de véritables organismes publics.
- 66 En France aussi, la valorisation et la gestion du patrimoine culturel par des fondations se sont généralisées³⁴. Il s'agit d'un secteur complexe et évolutif, caractérisé par la coexistence de différents types de fondations et une implication croissante du financement privé. Dans ce cadre général de réduction des budgets publics alloués à la culture, le potentiel de croissance du mécénat par les fondations représente une occasion importante pour un partenariat efficace entre les secteurs public et privé. En particulier, les fondations reconnues d'utilité publique, les fondations d'entreprise, les abritées et les fonds de dotation interviennent dans le secteur culturel à titre principal ou secondaire.
- 67 Il s'avère cependant que de nombreuses FRUP, à l'exception de celles qui disposent d'un patrimoine très important, peinent à vivre du seul

produit de la dotation initiale, ce qui soulève la question de l'adéquation de leurs statuts, même pour des projets aux objectifs et moyens limités³⁵.

- 68 À la lumière des éléments exposés ci-dessus, nous pouvons donc analyser brièvement deux fondations de droit actives dans le domaine culturel, respectivement en Italie et en France. Le choix d'analyser le cas du MAXXI pour l'Italie et celui de la Fondation du Patrimoine pour la France répond à un double critère. D'une part, il s'agit dans les deux cas de fondations culturelles qui opèrent dans le cadre de la fonction publique de mise en valeur du patrimoine culturel, même si leurs objets sont différents : le MAXXI est un musée d'art contemporain avec ses visiteurs, tandis que la Fondation du patrimoine s'occupe du patrimoine architectural diffus. D'autre part, ces deux cas constituent des modèles emblématiques dans leurs systèmes respectifs : le MAXXI est l'une des principales fondations de droit privé à participation publique dans le domaine culturel en Italie, tandis que la Fondation du Patrimoine est un exemple bien établi de fondation d'utilité publique régie par une législation spécifique. Malgré leurs différences, la comparaison permet d'évaluer concrètement l'effet du cadre juridique sur la gouvernance et la performance des fondations.

5.1. La Fondazione MAXXI

- 69 La Fondazione MAXXI – Musée national des arts du ^{xxi}e siècle – représente l'un des exemples les plus remarquables de fondation publique active dans le secteur culturel italien.
- 70 Elle a été créée en 2009, à partir de la transformation de l'ancien « Centre de documentation et de valorisation des arts contemporains³⁶ ». Établie par décret ministériel, son fondateur-promoteur est le ministère de la culture, qui détermine ses lignes d'action fondamentales. La transformation de l'ancien projet ministériel en fondation a permis à MAXXI d'obtenir une personnalité juridique autonome et des instruments opérationnels plus souples que ceux de l'administration publique traditionnelle, tout en conservant une mission clairement liée à l'intérêt général³⁷.

- 71 En effet, la gouvernance de la Fondation reflète explicitement cette matrice publique.
- 72 À sa tête se trouve le président, qui est nommé par le ministre de la Culture pour un mandat de cinq ans, renouvelable³⁸. Le président est le représentant légal de la Fondation et promeut ses activités. Ses fonctions comprennent la présidence du conseil d'administration, la direction des travaux, la participation (sans droit de vote) aux réunions du comité scientifique, la définition du programme d'activités annuel et pluriannuel et la gestion administrative.
- 73 Le conseil d'administration, l'organe central de l'organisation, est nommé principalement par le ministère³⁹. Des représentants d'entités publiques locales, dont la région du Latium, et, dans certains cas, des représentants d'entités privées telles qu'Enel SpA, dans la mesure où ils ont contribué en tant que fondateurs ou partisans, y siègent également. Les compétences du conseil d'administration sont étendues et comprennent l'approbation des budgets, le document de planification pluriannuelle, les règlements internes, l'embauche de personnel permanent, l'acquisition d'œuvres d'art et la création ou l'acquisition de nouveaux espaces muséaux.
- 74 Le conseil d'administration est complété par le comité scientifique⁴⁰, composé d'experts de haut niveau dans le domaine de l'art et de l'architecture, qui exerce des fonctions consultatives, et par le comité des commissaires aux comptes⁴¹, dont le ministère nomme deux des trois membres, y compris le président et un suppléant. Le directeur artistique et le directeur général assurent respectivement la planification culturelle et la gestion administrative, avec une distinction claire entre les responsabilités stratégiques et opérationnelles. Malgré son apparence formellement privée, l'influence publique sur la gouvernance demeure structurelle et omniprésente.
- 75 Ce caractère public se reflète également dans les nombreuses contraintes auxquelles la Fondation est soumise.
- 76 En ce qui concerne les instruments de ses activités, la Fondazione MAXXI opère dans un système composite, combinant des réglementations publiques et privées. Le soutien public reste le principal levier financier de l'institution. Les contributions du

ministère de la culture – prévues par la loi 237/1999 – couvrent les coûts d'exploitation et de fonctionnement ordinaires du site du musée romain, qui sont complétés par des fonds spécifiquement affectés au site de L'Aquila (MAXXI L'Aquila ⁴²).

77 Du côté privé, la Fondation a progressivement développé sa capacité à attirer des ressources indépendantes. Elle reçoit des parrainages, des dons et des contributions de particuliers, et utilise le mécanisme Art Bonus pour encourager les donations libérales. Les fondateurs et les participants peuvent contribuer au fonds de dotation ou au fonds de gestion. La collecte de fonds se développe et a commencé à générer des revenus significatifs depuis 2022. Celles-ci sont complétées par des recettes propres provenant de la billetterie, des activités éducatives, de la vente de catalogues, de la location d'espaces d'exposition et des droits d'auteur. Malgré ces progrès, la part des recettes propres dans le total reste inférieure à celle des contributions publiques, bien qu'elle augmente légèrement, ce qui montre que l'État doit continuer à apporter son soutien pour assurer la viabilité économique des activités ⁴³.

78 D'un point de vue opérationnel, la fondation agit par le biais d'instruments de droit privé, définit ses politiques de programmation artistique de manière autonome, active des collaborations et des accords avec entités publiques et privées, et maintien des marges significatives de flexibilité de gestion par rapport aux entités publiques traditionnelles. Toutefois, cette autonomie est inévitablement modulée par son caractère public marqué ⁴⁴. Elle fait partie des administrations publiques consolidées au sens de la réglementation des finances publiques, bien qu'elle soit exemptée – comme le prévoit la loi de stabilité de 2016 – des restrictions en matière de plafonnement des dépenses. Elle demeure soumise, dans la mesure où elles sont compatibles, aux obligations de transparence, de prévention de la corruption et de publicité prévues par la législation en vigueur ⁴⁵. La Fondation, en tant qu'organisme de droit public, dans les procédures d'attribution de travaux, de services ou de fournitures ou d'achat de biens, agit donc dans le respect des règles établies par le code des marchés publics. La position de la fondation est donc typique des entités à forme privée mais à substance publique, dans lesquelles la flexibilité de gestion coexiste avec les obligations de légalité, d'impartialité et de responsabilité.

- 79 La Fondazione MAXXI représente donc un exemple de fondation d'origine publique capable de remplir une fonction muséale stratégique pour l'Italie, tout en maintenant un équilibre entre le contrôle public et l'autonomie opérationnelle. Le modèle adopté a permis une gestion plus dynamique et plus proche des besoins du secteur culturel contemporain, en attirant des fonds privés et en développant des projets innovants.

5.2. La fondation du patrimoine

- 80 En France, la Fondation du Patrimoine représente l'un des modèles les plus innovants et les plus structurés de collaboration public-privé pour la protection et la valorisation du patrimoine culturel⁴⁶. Créée par une loi du 2 juillet 1996 et reconnue d'utilité publique l'année suivante, la Fondation a été créée avec une mission claire : remédier à l'insuffisance de protection du patrimoine non classé ou non protégé par l'État – en particulier le patrimoine diffus, rural et local. L'objectif est de mobiliser les citoyens, les entreprises et les collectivités locales dans un grand effort de préservation, grâce à des outils de mécénat, des incitations fiscales et un réseau capillaire d'acteurs territoriaux⁴⁷.
- 81 Le modèle français repose sur une gouvernance originale. La Fondation est formellement un organisme privé, mais sa composition interne et le rôle que la loi lui confie en font un interlocuteur institutionnel privilégié de l'État. Le Conseil d'administration est composé d'une pluralité de sujets : représentants des fondateurs et des mécènes (qui détiennent la majorité des sièges, mais avec des limitations pour éviter les concentrations), représentants des collectivités territoriales (communes, départements, régions), personnalités qualifiées nommées par l'État, représentants d'associations culturelles, voire membres du Parlement⁴⁸. Ce pluralisme assure une gouvernance à plusieurs niveaux, capable de garantir la légitimité publique, la représentativité territoriale et l'implication des entreprises. La gestion opérationnelle est confiée au président, qui nomme le directeur général⁴⁹ et est assisté d'un comité de pilotage aux fonctions consultatives⁵⁰. Les organes travaillent gratuitement, ce qui souligne le fort enracinement civique du projet⁵¹.

- 82 L'organisation interne se compose d'un corps technique d'employés et d'un réseau particulièrement étendu de délégués bénévoles, répartis sur une base régionale et départementale. Cette composante bénévole est un élément distinctif de la Fondation, qui se présente comme une réalité profondément ancrée dans les territoires. Sa capacité à mobiliser le capital social et humain va de pair avec sa capacité tout aussi solide à attirer des ressources économiques provenant de sources diversifiées.
- 83 En effet, en termes d'instruments d'action, la Fondation du Patrimoine représente un exemple avancé d'institution capable de combiner des instruments publics et privés. D'une part, elle utilise les ressources provenant des dons des particuliers, du mécénat d'entreprise, des legs testamentaires, des adhésions associatives et des fondations abritées. Les contributions des particuliers – le mécénat dit populaire – sont l'un des piliers de son succès : pour la seule année 2023, elles ont permis de collecter plus de 21 millions d'euros, impliquant près de 61 000 donateurs⁵².
- 84 D'autre part, la Fondation bénéficie d'instruments publics très efficaces. La loi lui permet de recevoir une part des successions déconcentrées de l'État, ce qui lui garantit un flux de financement automatique et croissant. Les subventions directes de l'État et des collectivités territoriales ne manquent pas : en 2023, elles atteignent 9,7 millions d'euros.
- 85 Un élément central de son fonctionnement est l'attribution du label Fondation du patrimoine, qui permet aux propriétaires de biens non protégés par l'État d'accéder à des incitations fiscales pour les travaux de restauration⁵³. Ce mécanisme a permis de stimuler massivement la participation citoyenne et de faire de la Fondation un canal privilégié d'investissement social et territorial.
- 86 À cela s'ajoutent des prérogatives qui n'appartiennent normalement pas au monde privé : la Fondation peut demander l'intervention de l'État pour exproprier des biens culturels en péril ou exercer son droit de préemption dans les ventes publiques, en sa faveur. Les biens ainsi acquis sont ensuite cédés à des organismes publics ou à des entités privées par le biais de conventions qui en garantissent la protection et la jouissance. Sur ce plan également, le modèle français

se distingue par la clarté de sa réglementation et l'intégration efficace de la sphère publique et de l'initiative privée.

- 87 Dans l'ensemble, la Fondation du Patrimoine figure aujourd'hui parmi les acteurs les plus actifs sur la scène européenne de la conservation du patrimoine. Avec plus de 30 000 sites restaurés et une capacité d'investissement annuelle de plus de 100 millions d'euros, elle représente un exemple d'administration civique qui intègre rigueur de gestion, participation démocratique et responsabilité territoriale. La Cour des comptes française a certifié à plusieurs reprises la solidité de sa gestion, en soulignant sa transparence, son efficacité et son impact économique et social⁵⁴.

6. Les conclusions

- 88 La comparaison entre l'Italie et la France dans l'utilisation des fondations dans la gestion des services publics, en particulier pour la mise en valeur du patrimoine culturel, montre deux modèles différents en termes de degré de cohérence normative, de clarté et d'équilibre entre les intérêts publics et privés.
- 89 En France, le cadre juridique est plus clair et plus stable. En Italie, au contraire, le recours au modèle des fondations a suivi un processus fragmenté, souvent lié à des besoins ponctuels d'externalisation ou de rationalisation des coûts, sans vision d'ensemble. Cela n'a pas empêché certaines expériences très vertueuses, mais il existe toujours un besoin d'un encadrement juridique cohérent qui envisage éventuellement plus d'un modèle, mais dans un cadre de plus grande certitude des régimes juridiques applicables aux différentes hypothèses de fondation.
- 90 La Fondation MAXXI et la Fondation du Patrimoine représentent des modèles vertueux emblématiques des deux approches différentes dans les deux pays.
- 91 Le premier est un exemple paradigmatique du modèle hybride italien : sa gouvernance et sa gestion sont fortement influencées par le ministère de la culture. Le modèle du MAXXI permet une certaine flexibilité opérationnelle et une ouverture à la collaboration avec des entités privées, mais l'empreinte publique reste dominante. Le ministère exerce des pouvoirs étendus en matière de nomination, de

contrôle et de supervision, l'accès au financement public est essentiel pour la viabilité économique, et la fondation est liée par des obligations de transparence, de lutte contre la corruption et de reddition des comptes. Cet exemple montre que dans le contexte italien, et dans le secteur culturel en particulier, l'utilisation du modèle de la fondation se limite souvent à une privatisation essentiellement formelle, sans réelle marge d'autonomie stratégique ou d'évolution vers une structure entrepreneuriale et pluraliste.

- 92 La Fondation du Patrimoine, quant à elle, incarne le modèle français d'administration civique à travers les fondations reconnues d'utilité publique. Tout en restant une entité privée, elle agit dans le cadre d'une mission d'intérêt général reconnue par l'État, à travers une gouvernance équilibrée et multiniveaux. Le conseil d'administration comprend des représentants de l'État, des collectivités locales, de la société civile et des mécènes, avec des règles statutaires garantissant la représentativité et la transparence, et bien que soumise au contrôle public, l'autonomie de gestion est large et repose sur un modèle de participation citoyenne généralisée et des instruments de financement mixtes. Là encore, il s'agit d'un modèle hybride mais pleinement abouti, capable de combiner contrôle public, efficacité managériale et fort ancrage territorial, dans lequel la dimension privée n'est pas une alternative, mais fonctionnelle à la poursuite d'objectifs publics. L'hybridation du financement public, des contributions civiques et de la capacité administrative décentralisée lui permet d'atteindre une forme accomplie de subsidiarité verticale et horizontale. Par rapport à l'expérience italienne, le poids plus important et le rôle clé des contributions privées dans le domaine de la gestion et de la valorisation du patrimoine culturel apparaissent ainsi clairement.
- 93 Une comparaison avec le système français suggère donc qu'une plus grande codification réglementaire, une définition claire des modèles possibles et des outils de gouvernance plus transparents et standardisés pourraient renforcer l'efficacité du modèle de fondation en Italie également. En particulier, elle souligne l'opportunité d'une réglementation organique, similaire à celle des entreprises publiques, qui différencie les fondations en fonction du degré d'implication du public, de la mission institutionnelle et de la nature des activités menées, en évitant que la forme de la fondation ne devienne un

conteneur opaque, susceptible d'interprétations changeantes et inégales.

- 94 En conclusion, les expériences des deux pays confirment que les fondations, si elles sont bien conçues et gouvernées, sont un outil puissant pour la gestion des services publics et la mise en valeur du patrimoine culturel. Mais, leur succès dépend en fin de compte de la qualité des règles qui définissent leur genèse, leur organisation et leur relation avec le système public.
- 95 Ainsi, alors que le droit français parvient à encadrer le rapport entre autonomie et contrôle dans un système hiérarchisé, le droit italien tend à les superposer sans distinction. Cette absence de différenciation affaiblit la sécurité juridique des acteurs et contribue à la dispersion normative relevée par la doctrine. L'équilibre recherché est en revanche celui d'une supervision fonctionnelle : l'État garantit la conformité des statuts et la transparence financière, sans transformer la fondation en prolongement direct de l'administration. Ce dispositif permet d'éviter la confusion entre contrôle et tutelle, tout en préservant l'identité privée de la fondation.
- 96 En définitive, il en ressort la nécessité d'une clarification normative et institutionnelle, condition indispensable pour que le modèle des fondations publiques en Italie réalise pleinement sa vocation d'instrument moderne de l'action publique.

NOTES

- 1 En revanche, une réglementation organique a été adoptée pour les entreprises publiques par le décret législatif n° 175/2016.
- 2 En novembre 2024 on comptait plus de 640 fondations d'utilité publique, données : < <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/fondations-reconnues-d-utilite-publique/> >, consulté le 14/11/2025.
- 3 La preuve en est qu'un guide étape par étape pour la création d'une fondation reconnue d'utilité publique (FRUP) est disponible à l'adresse officielle < <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31023> >, consulté le 14/11/2025.
- 4 Art. 18 Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987.

- 5 Art. 20 Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 n° 87-571.
- 6 Introduit par la Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007.
- 7 Art. 140 loi n° 2008-776 du 4 août 2008.
- 8 Les raisons, comme l'explique A. PIOGGIA, « L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia? » *Dir. Amm.*, fasc. 3, 2013, sont en partie à trouver dans la signification différente de « service public » et « servizio pubblico ». En France, « à la variété et à la pluralité des solutions opérationnelles pour l'exercice du service public et à la diversité du degré de privatisation que l'on peut trouver dans sa gestion, correspond cependant une forte homogénéité dans la réglementation de l'activité. Quelle que soit la nature juridique du gestionnaire, celui-ci est soumis à un ensemble de règles communes ».
- 9 Il contribue ainsi à la mise en œuvre du principe de subsidiarité horizontale prévu à l'art. 118, paragraphe 4, de la Constitution italienne.
- 10 Selon le dernier rapport annuel du ministère des Affaires économiques sur les participations en 2022, les administrations ont déclaré avoir des participations dans plus de 960 fondations.
- 11 Sur la question de l'administration « désagrégée », voir S. CASSESE, « Lo Stato ad amministrazione disaggregata », *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020.
- 12 Pour une reconstruction complète des classifications voir G. MOCAVINI, *Ai confini dello Stato. Gli enti funzionali all'Amministrazione*, Milan, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024.
- 13 Ainsi G. NAPOLITANO, « Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole », *Dir. amm.*, fasc. 3, 2006.
- 14 F. MERUSI, « La privatizzazione per fondazioni », *Dir. amm.*, fasc. 3, 2004.
- 15 Cette classification est proposée par E. MITZMAN, « Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato », dans B. MARCHETTI (éd.), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padoue, Cedam, 2013.
- 16 Sur les fondations lyriques-symphoniques, entre autres, voir A. SERRA, « La difficile privatizzazione delle fondazioni liriche: strumenti pubblici e presenza privata », *Aedon* n° 2/1999 ; V. CERULLI IRELLI, « Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica », *Aedon* n° 3/2012 ; P. CARPENTIERI, « Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale

italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali », *Aedon* n° 3/2018 ; D. P. PETRALIA, « Il processo di risanamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche », *Aedon* n° 2/2019.

17 Sur les fondations bancaires S. CASSESE, « L'evoluzione delle fondazioni bancarie », *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, n° 3 ; G. NAPOLITANO, « Le fondazioni di origine bancaria nell'ordinamento civile: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata », *Corr. giur.*, 2003, n° 12 ; M. CLARICH et A. PISANESCHI, « La riforma delle fondazioni bancarie », *Giorn. dir. amm.*, 2002, n° 3 ; F. MERUSI, « Sull'incerta natura delle fondazioni bancarie », *Giorn. dir. amm.*, 2002, n° 11 ; A. POLICE, « Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo », in *Aedon* n° 1/2009.

18 L'art. 121 du code du patrimoine italien s'intitule en effet « accords conclus avec les fondations bancaires ».

19 Ainsi, G. NAPOLITANO, « Le fondazioni di origine pubblica », *op. cit.* : « Dans ce cadre, la nomination publique des membres des organes comme telle n'est pas en conflit avec le cas de la fondation de droit privé : pas même si c'est le législateur qui prévoit des membres de droit ou si la nomination est confiée à des procédures et actes administratifs plutôt qu'à des déterminations négociées. »

20 Comme le souligne A. MAGLIARI, « Le fondazioni nell'amministrazione della cultura: funzioni e tipologie » dans A. AVERARDI, A. MAGLIARI et A. GUALDANI (dir.), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni. Modello fondazionale e settore culturale*, Naples, Editoriale Scientifica, 2022 : « la forte coloration publiciste donnée par le législateur aux fondations lyriques-symphoniques a fini par contrarier l'objectif principal poursuivi avec la transformation de l'organisme public en fondation ». La Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 153 de 2011, a également précisé que les fondations lyrico-symphoniques, malgré leur statut juridique formel de fondations de droit privé, conservent le caractère public.

21 Sur ce point, G. PAGLIARI, « Il criterio discreto tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica », dans S. RAIMONDI et R. URSI (dir.), *Fondazioni e attività amministrativa. Atti del convegno – Palermo, 13 mai 2005*, Turin, Giappichelli, 2006.

22 Enfin, il convient de mentionner le protocole d'accord Acri-MEF de 2015 avec lequel les fondations ont identifié des lignes directrices de base sur des

questions telles que la gouvernance, la diversification des investissements et la réglementation de la transparence des activités.

23 Il s'agit des arrêts de la Cour constitutionnelle n° 300 et 301 de 2003.

24 Sur la gouvernance dans les fondations instrumentales G. NAPOLITANO, « Le fondazioni di origine pubblica », *op. cit.* : « Le discours sur le système de contrôle administratif est radicalement différent pour les fondations instrumentales de l'organisme public. Dans ce cas, les actes de gestion prévus par les règlements spéciaux doivent être considérés comme admissibles, dans la mesure où ils sont cohérents avec le rapport de dépendance particulier qui existe dans ce modèle entre la fondation et l'organisme public "de référence". Dans les fondations universitaires, il est même possible de révoquer les conseillers nommés par l'organisme de référence si les directives ne sont pas appliquées. »

25 Ainsi Cass. n° 2584/2018 « la figure du mandatement interne trouve sa place principale dans le cadre d'activités économiques à réaliser avec des critères entrepreneuriaux. Une situation à exclure totalement puisque les fondations ne poursuivent pas de but lucratif ». Conformément la jurisprudence comptable, *Corte dei conti, sez. giur. Lombardia*, arrêt n° 166/2024 et *Corte dei conti, sez. giur. Lombardia*, arrêt n° 221/2024.

26 Même l'ANAC, acte du 5 juillet 2022, bien qu'elle ait exclu la possibilité qu'une fondation soit considérée comme *in house* si les fondateurs et cofondateurs sont des entités privées, n'a pas considéré qu'il était en soi conceptuellement exclu qu'une fondation soit incluse dans la liste des entités de type *in house*.

27 Le juge administratif a reconnu dans plusieurs affaires le régime des fondations en tant qu'entités *in house*, notamment la Fondazione Campania dei Festival sur laquelle l'avis du Conseil d'État, sec. I, n° 2477/2019, et la Fondazione Field organism *in house* de la Région de Calabre sur laquelle le Tar Calabria, Catanzaro, sec. II, n° 595/2011 et le Conseil d'État, sec. V, n° 66/2013, se sont prononcés.

28 Comme le souligne G. MOCVINI, *Ai confini dello Stato. Gli enti funzionali all'Amministrazione*, *op. cit.* : il serait nécessaire de récupérer « la dimension fonctionnelle originelle et européenne de la prestation interne, qui n'est pas destinée à créer de nouvelles entités juridiques, mais à permettre de confier directement des services et des travaux publics à toute entité juridique, publique ou privée, qui remplit les trois conditions requises. La redécouverte de la dimension relationnelle du mode de gestion

in-house aurait permis, en même temps, d'éviter les re-publications abusives, en respectant la forme prise par chaque entité juridique publique ou privée, et de qualifier de relations in-house, toujours et uniquement en fonction du mandatement direct, également celles établies entre les administrations et d'autres entités de forme privée, autres que les entreprises, telles que les associations et les fondations ».

29 Ainsi les arrêts du Conseil d'État n° 2843/2014 ; n° 578/2018 ; n° 5460/2021

30 Voir S. LUCATTINI, « Nel dominio dell'amministrazione disaggregata: il caso della Fondazione Sistema Toscana », *Aedon* n° 1/2022

31 Ainsi, l'art. 16 des Statuts stipule que « la région de Toscane exerce un contrôle analogue sur la fondation "Sistema Toscana", conformément aux principes et aux dispositions du droit européen et de la législation nationale relative aux organismes fonctionnant sous le régime de l'internalisation, par la nomination du conseil d'administration et du commissaire aux comptes unique par le conseil régional et par le contrôle des actes suivants ».

32 À titre d'exemple, outre les fondations lyriques déjà mentionnées, plusieurs autres organismes actifs dans le domaine culturel ont subi une privatisation *ope legis* en Italie, notamment le Centre expérimental de cinématographie (décret législatif n° 426/1997), la Biennale de Venise (décret législatif n° 19/1998), l'Institut national du théâtre antique (décret législatif n° 20/1998), la Triennale de Milan (décret législatif n° 273/1999), le Musée Leonardo da Vinci de la science et de la technologie (décret législatif n° 258/1999).

33 L'art. 10 du décret législatif n° 368/1998, désormais abrogé, prévoyait déjà que « le ministère, aux fins d'un exercice plus efficace de ses fonctions et, en particulier, de la valorisation du patrimoine culturel et environnemental, peut : [...] b) créer ou participer à des associations, des fondations ou des sociétés, autoriser la création de fondations culturelles, y compris des partenariats public-privé, pour la gestion de musées, d'archives et de bibliothèques » .

34 Entre autres : Fondation Dina Vierny ; Dubuffet ; Henri Cartier-Bresson ; Giacometti ; Hans Hartung et Anna Eva Bergmann ; Le Corbusier ; Georges Rouault ; Cité Internationale des Arts ; Fondation nationale des arts graphiques et plastiques ; Marguerite et Aimé Maeght ; La Maison Rouge/Antoine de Galbert.

35 C'est ce qui ressort du Rapport d'inspection : *Les fondations à vocation culturelle* commandé par le ministère de la Culture n° 2011-03.

36 Décret-loi n° 31/2009, converti avec des modifications par la loi n° 99/2009

37 La Fondation poursuit sa mission conformément aux dispositions de l'article 25 de la loi n° 69 du 18 juin 2009 et à ses statuts actuels, conformément aux dispositions de l'article 1 de la loi n° 237 du 12 juillet 1999 « 1. Le Centre pour la documentation et la valorisation des arts contemporains, ci-après dénommé le "Centre", est établi à Rome avec pour mission de collecter, préserver, valoriser et exposer les témoignages matériels de la culture visuelle internationale, de promouvoir la recherche, et de réaliser des événements et des activités connexes. Le Centre abrite le Musée d'art contemporain. Au sein du Centre, le Musée de l'architecture est créé avec pour mission de collecter, conserver, valoriser et exposer les dessins, projets, maquettes et tout autre élément significatif de la culture architecturale du ^{xx}e siècle et de l'époque contemporaine ».

38 Voir l'art. 11 du Statut actuels disponibles à l'adresse suivante : < <https://www.maxxi.art/wp-content/uploads/2022/03/STATUTO-VIGENTE.pdf> >, consulté le 14/11/2025.

39 Voir le statut actuel, l'art. 12 sur la composition, l'art. 13 sur les pouvoirs et l'art. 14 sur le fonctionnement.

40 Art. 15 du Statut.

41 Art. 16 du Statut.

42 À cela s'ajoutent des financements pour des projets spéciaux, tels que ceux issus du PNRR pour la numérisation et l'efficacité énergétique, ainsi que des ressources destinées au *Grande Progetto MAXXI*, qui vise à améliorer l'infrastructure du musée et à renforcer son rayonnement international.

43 Telles sont les conclusions du rapport de la Cour des comptes sur la gestion financière de la Fondation MAXXI, conformément à la décision n° 100 du 20 juin 2024 pour l'exercice 2022.

44 La Fondation, en tant qu'entité de droit privé sous contrôle public, est incluse dans la liste des administrations publiques incluses dans le compte économique consolidé des administrations publiques ; cependant, l'art. 1, paragraphe 981 de la loi n° 208 du 28 décembre 2015 (loi de stabilité 2016), afin de garantir la mise en œuvre effective des objectifs institutionnels

poursuivis, a établi que les règles de plafonnement des dépenses prévues pour les entités incluses dans la liste susmentionnée établie par l'Institut national de la statistique (Istat) ne s'appliquent pas à la MAXXI.

45 Loi n° 190 du 6 novembre 2012 sur la prévention et la répression de la corruption, décret législatif n° 33 du 14 mars 2013 sur les obligations de publicité, de transparence et de diffusion de l'information par les administrations publiques, et décret législatif n° 39 du 8 avril 2013 sur l'incompatibilité dans les administrations publiques et les organismes privés sous contrôle public.

46 À son tour ouvertement inspiré par l'expérience britannique du *National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty*.

47 Sur les objectifs de la fondation, voir le Rapport fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi relatif à la Fondation du patrimoine par le sénateur M. Jean-Paul Hugot.

48 Art. 3 Décret du 18 avril 1997 portant sur la reconnaissance d'utilité publique et approbation des statuts de la Fondation du patrimoine.

49 Art. 13 Décret du 18 avril 1997

50 Art. 8 Décret du 18 avril 1997

51 Art. 10 Décret du 18 avril 1997

52 Données du Rapport d'activité 2023 disponibles sur < <https://www.fondation-patrimoine.org/c/fondation-du-patrimoine/qui-sommes-nous/1653> >, consulté le 14/11/2025.

53 Prévue depuis sa création à l'art. 2 de la loi n° 96-590 du 2 juillet 1996.

54 Cour des comptes Rapport public annuel 2013 – février 2013 *La Fondation du patrimoine : un modèle singulier*.

RÉSUMÉS

Français

En Italie, les fondations sont de plus en plus utilisées comme instruments de gestion des services publics, pourtant elles ne font pas encore l'objet d'un encadrement juridique homogène. L'article examine ce phénomène, dans une perspective comparative avec le système juridique français, qui au contraire présente un cadre juridique plus structuré. L'objectif est de mieux comprendre comment ces entités privées sont intégrées dans la sphère publique et utilisées comme instruments dans des secteurs d'intérêt

général, en accordant une attention particulière au secteur culturel. Après une première partie consacrée au cadre italien, l'article décrit les principales caractéristiques du droit français des fondations, avant d'analyser les typologies de fondations d'origine publique en Italie et les problématiques liées à leur nature hybride. Deux cas concrets sont ensuite examinés : la Fondazione MAXXI en Italie et la Fondation du Patrimoine en France. Ce qui ressort de l'analyse comparative, c'est la nécessité d'un cadre réglementaire cohérent et structuré afin que le modèle des fondations puisse déployer pleinement son potentiel.

English

In Italy, foundations are increasingly used as instruments for managing public services, yet they are not subject to a uniform legal framework. This article examines this phenomenon from a comparative perspective with the French legal system, which, in contrast, has a more structured framework. The aim is to gain a better understanding of how these private entities are integrated into the public sphere and used in sectors of general interest, with a particular focus on the cultural sector. Following an overview of the Italian framework, the article outlines the main features of French foundation law, then analyzes the different types of publicly originated foundations in Italy and the legal ambiguities stemming from their hybrid nature. Two case studies are then presented: the MAXXI Foundation in Italy and the Fondation du Patrimoine in France. What emerges from the comparative analysis is the need for a coherent and structured regulatory framework to enable the foundation model to realize its full potential.

INDEX

Mots-clés

droit administratif, fondations, services publics, quasi-régie, patrimoine culturel

Keywords

administrative law, foundations, public services, in house providing, cultural heritage

AUTEUR

Francesca Saveria Pellegrino

Francesca Saveria Pellegrino est doctorante en droit administratif à l'Université Roma Tre. Ses recherches portent principalement sur la justice administrative dans une perspective comparée et européenne. Elle est assistante d'enseignement dans les cours de droit administratif et de Comparative

Administrative Law à l'Université Roma Tre. Elle est l'autrice d'articles scientifiques et de notes de jurisprudence.

IDREF : <https://www.idref.fr/155471767>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000356385184>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/14593317>

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Sylvain Soleil

DOI : 10.35562/droit-public-compare.858

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

- 1 Entre, d'un côté, une conception normativiste européocentrée où seules les normes édictées par les institutions autorisées à le faire par l'État et les décisions des juges sont considérées comme du droit et, de l'autre, une conception anthropologique où tout est droit du moment qu'il s'agit d'une norme, il existe de multiples façons d'articuler règles, transgressions et sanctions.
- 2 Interroger l'esprit du droit tel qu'il est vu ailleurs, c'est explorer d'autres cultures juridiques à partir de manières différentes de lire le monde, ce qui y vit et ce qui le structure.

AUTEUR

Sylvain Soleil

Professeur d'histoire du droit et de droit comparé, Université de Rennes

Le droit public des États d'Afrique subsaharienne à l'épreuve de la chefferie traditionnelle

Achille Magloire Ngah

DOI : 10.35562/droit-public-compare.778

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. La maîtrise de la chefferie traditionnelle par l'État
 - 1.1. La constitutionnalisation de la chefferie
 - 1.1.1. La constitutionnalisation par reconnaissance
 - 1.1.2. La constitutionnalisation par ricochet
 - 1.2. L'encadrement statutaire de la chefferie traditionnelle
 - 1.2.1. L'encadrement légal du mandat
 - 1.2.2. L'auxiliarisation administrative des fonctions
 2. La résistance de la chefferie traditionnelle à l'égard de l'État
 - 2.1. La résistance institutionnelle
 - 2.1.1. La résistance à l'institution des chefferies légales
 - 2.1.2. La résistance aux obligations légales
 - 2.2. La résistance juridique
 - 2.2.1. La résistance au monisme juridique
 - 2.2.2. La résistance à l'État de droit
- Conclusion

TEXTE

L'auteur

Achille Magloire Ngah est docteur en droit public, enseignant, chargé de cours à l'Université de Yaoundé II, département de droit public comparé et chercheur au Centre d'Étude en Droit International Public et Communautaire (CEDIC). Ses travaux portent sur les rapports de systèmes juridiques, notamment les relations droit interne/droits externes. Sa thèse a pour titre *L'ordre*

juridique communautaire et les constitutions des États membres de la CEMAC et de la CEDEAO. Il s'intéresse aussi au droit constitutionnel et au droit administratif de la décentralisation, notamment la façon dont les États africains absorbent les royautes et chefferies traditionnelles.

- 1 Le bijuridisme en Afrique subsaharienne désigne la coexistence, souvent héritée de la colonisation, de deux systèmes juridiques principaux : le droit positif inspiré des puissances coloniales et les droits coutumiers¹. Bien que ces systèmes antinomiques ne soient pas forcément en conflit, les auteurs observent une tension permanente entre la législation moderne souvent mal adaptée aux réalités socio-anthropologiques de l'Afrique et les pratiques juridiques traditionnelles, séculaires et ancestrales qui continuent de rythmer la vie sociale des Africains. Les domaines les plus concernés sont : le droit de la famille, le droit des successions et de la propriété foncière². Le gardien et l'interprète de ces normes ancestrales est le roi ou le chef traditionnel. Son rôle dans la vie sociopolitique africaine est indéniable et multidimensionnel³. En effet, en plus d'être le régent de sa communauté, le chef traditionnel est aussi la courroie de transmission entre sa communauté et les pouvoirs publics étatiques. Cette position charnière et ambivalente astreint la chefferie traditionnelle à « un rôle paradoxal » et en fait « une institution complexe⁴ ». Tout comme les règles juridiques qui régissent ses rapports, en l'occurrence avec le droit public. Pour le comprendre, une précision terminologique est nécessaire.
- 2 Sur le plan conceptuel, les juristes admettent leur difficulté à appréhender la chefferie traditionnelle, parce que les textes normatifs ne la définissent pas de façon claire ou ne la définissent pas du tout⁵. L'ordonnance camerounaise de 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles reste muette à ce sujet. Pareil constat avec la loi ivoirienne du 14 juillet 2014 portant statut des rois et chefs traditionnels. La loi nigérienne n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle propose, pour sa part, une définition inédite, mais assez curieuse : l'article 2 dispose qu'« au sens de la présente loi, on entend par la chefferie traditionnelle l'institution qui regroupe l'ensemble des chefs traditionnels

dépositaires de l'autorité coutumière ». Cette définition prête à confusion, car elle renvoie à une sorte de conseil ou de confrérie des chefs traditionnels plutôt qu'à l'institution cheffale ou la chefferie traditionnelle elle-même. Le législateur nigérien semble réduire la chefferie traditionnelle au groupe des chefs. Or la chefferie traditionnelle va au-delà de la personne du chef ou du roi ; elle est composée du chef, de ses notables et de sa communauté.

- 3 Les auteurs ont donc précisé les choses. Selon Landry Ngono Tsimi, la chefferie traditionnelle est « une organisation sociale qui fonctionne selon les coutumes, les traditions et les mœurs d'une communauté donnée. Elle est relativement autonome et se caractérise par le très fort sentiment d'appartenance de ses membres à une même identité sociologique, historique et culturelle ⁶ ». Aimé Dounian explique que la chefferie traditionnelle est « un groupement humain dont les membres sont liés les uns aux autres par des solidarités anthropologiques voire communautaires [...] au-delà du chef lui-même... » qui se présente comme « cette personne qui, choisie par les notables, la famille régnante ou la population locale et désignée par l'administration se trouve à la tête d'une unité territoriale de commandement appelée chefferie traditionnelle ⁷ ».
- 4 Le droit public des États africains, c'est-à-dire « l'ensemble des règles de droit qui régissent l'organisation de l'État et ses rapports avec les individus ou organisations reconnus comme des sujets par les ordres juridiques internes, [régionaux] ou internationaux », cherche, aussi bien dans sa branche constitutionnelle que dans sa branche administrative, à régir les chefferies traditionnelles ⁸. En effet, la chefferie qui, dans certains pays, a été longtemps menacée d'abolition ⁹, est désormais reconnue dans le droit public moderne ¹⁰ ; ce qui l'oblige à obéir à deux ordres juridiques difficilement compatibles, l'ordre traditionnel et l'ordre étatique. D'où l'ambiguïté et les incertitudes ¹¹. On constate des influences réciproques entre cette institution et « les institutions, les autorités politiques et administratives ¹² ». On constate aussi que ces influences sont évidemment disproportionnées puisque l'État demeure la puissance politique suprême. Mais on constate encore que les chefferies, avec leur droit coutumier et leur légitimité, sont des institutions dont ne peuvent et ne veulent pas se passer les États africains : elles sont « au cœur de l'histoire » de l'Afrique en général et

des peuples qu'elles régissent et qui constituent l'ancrage d'États tels que le Cameroun, la Côte d'Ivoire et le Niger¹³.

- 5 Ces trois pays serviront de cadre de référence à une approche comparative, la question centrale étant de mesurer, dans un sens, la façon dont l'État cherche à maîtriser la chefferie, dans l'autre, la façon dont la chefferie résiste au droit moderne.

1. La maîtrise de la chefferie traditionnelle par l'État

- 6 Entre le début de la période coloniale et les premières années des indépendances, le sort de l'institution cheffale a oscillé entre instrumentalisation et volonté d'anéantissement¹⁴. Cependant, avec l'avènement de la démocratie, aux aurores des années 90, l'on a observé son entrée « dans la nasse des acteurs institutionnels et non institutionnels¹⁵ », entrée qui a épousé soit une tendance de reconnaissance constitutionnelle, soit un encadrement statutaire (légal ou réglementaire), soit les deux.

1.1. La constitutionnalisation de la chefferie

- 7 Le statut constitutionnel des chefs ou des rois traditionnels n'est pas très interrogé en Afrique¹⁶. Peut-être est-ce dû au fait que les lois fondamentales préfèrent insister sur la protection des us et coutumes, sur la diversité culturelle et sur le respect des peuples autochtones, plutôt que sur l'institution qui garantit tout cela. Toutefois, la lecture des constitutions du Cameroun, du Niger et de la Côte d'Ivoire montre que la chefferie a bel et bien été constitutionnalisée, soit par reconnaissance, soit par ricochet.

1.1.1. La constitutionnalisation par reconnaissance

- 8 La constitutionnalisation est la preuve manifeste de la reconnaissance juridique de l'importance de la chefferie traditionnelle dans la gouvernance nationale et locale et dans la

préservation des valeurs culturelles diverses des pays africains. Cela est lié au fait que les gouvernants africains ont pris conscience que « quel que soit le lieu où il se trouve, l'Africain reconnaît son appartenance à une communauté anthropologique préexistant à l'État¹⁷ ». « Au regard des tensions et surtout du hiatus qui existait dans la construction de l'État-nation, il était laborieux voire impossible de construire ledit État sans la reconnaissance des spécificités communautaires en l'occurrence la place qu'occupaient les chefferies traditionnelles dans les nouvelles républiques africaines postcoloniales¹⁸. »

- 9 La constitution ivoirienne de 2016 consacre un titre entier à la chefferie traditionnelle. Il s'agit du titre XIV. L'article 175 dispose que « la chefferie traditionnelle est représentée par la Chambre nationale des Rois et Chefs traditionnels. La Chambre nationale des Rois et des Chefs traditionnels est l'institution traditionnelle regroupant tous les Rois et Chefs traditionnelles de Côte d'Ivoire ». Le même article poursuit en donnant une énumération des attributions de la Chambre des Rois et des Chefs traditionnels : la valorisation des us et coutumes ; la promotion des idéaux de paix, de développement et de cohésion sociale ; le règlement non juridictionnel des conflits dans les villages et entre les communautés. Et *in fine*, il est mentionné que « la chefferie traditionnelle participe, dans les conditions déterminées par une loi, à l'administration du territoire¹⁹ ». À travers ces lignes, il faut lire « un phénomène nouveau qui s'est construit de façon paradoxale sous la série de crises : le repositionnement des institutions coutumières²⁰ ». Jadis mises à l'écart par les autorités coloniales et plus ou moins ignorées par les nouvelles autorités de la Côte d'Ivoire indépendante, leur rôle prépondérant dans la résolution des crises politiques et sécuritaires qui ont émaillé le pays durant plus d'une décennie a sans doute conduit le constituant ivoirien vers ce qu'un auteur qualifie de « phénomène inattendu qu'est la reviviscence, dans un contexte neuf et sous des formes évidemment nouvelles » de la chefferie traditionnelle²¹. Cette revitalisation de la chefferie traditionnelle ivoirienne commence en 2014 avec la loi n° 2014-428 du 14 juillet 2014 sus-citée. Puis, le point culminant est la consécration dans la constitution de l'institutionnalisation de la corporation des autorités coutumières qui coexistent désormais avec l'État moderne²².

- 10 Bien que suspendue par le coup d'État du 26 juillet 2023, la constitution nigérienne du 25 novembre 2010 adopte une approche jumelant les deux précédentes, à savoir la reconnaissance constitutionnelle globale du droit ou des coutumes et la consécration claire de la chefferie traditionnelle par la constitution. En effet, l'article 167, issu du titre IX consacré aux collectivités territoriales, dispose que « l'État reconnaît la chefferie traditionnelle comme dépositaire de l'autorité coutumière. À ce titre, elle participe à l'administration du territoire de la République dans les conditions déterminées par la loi ». Ledit article se poursuit en indiquant que « la chefferie traditionnelle est tenue à une stricte obligation de neutralité et de réserve. Elle est protégée contre tout abus de pouvoir tendant à la détourner du rôle que lui confère la loi ». Ainsi, en plus de la reconnaissance, le constituant nigérien consacre la neutralité politique de la chefferie traditionnelle afin de préserver son rôle et la place essentielle qu'elle occupe « non seulement en tant qu'institution de gouvernance locale, mais aussi en tant que gardienne des cultures et des valeurs ancestrales²³ ». C'est ce qui fait dire au Conseil d'État nigérien que « la chefferie traditionnelle est restée une réalité vivante qui se renforce et se renouvelle. L'État associe cette force sociale à son action et l'a intégré à son organisation administrative²⁴ ». Cette intégration justifie sans doute le fait de reléguer la reconnaissance de la chefferie traditionnelle dans le titre consacré aux collectivités territoriales décentralisées ; « de longue date, explique Hubert Ouedraogo, la chefferie coutumière a été consacrée en tant qu'institution locale responsabilisée dans la gestion des affaires locales²⁵ ».
- 11 Cette consécration constitutionnelle du rôle de la chefferie traditionnelle dans la décentralisation par le constituant nigérien se rapproche de l'approche camerounaise qui est certes voilée ou noyée dans une disposition elliptique consacrée à la composition des organes délibérants des régions, mais n'en demeure pas moins une reconnaissance claire de l'institution coutumière. En effet, d'après l'article 57 de la constitution camerounaise, « les conseillers régionaux dont le mandat est de cinq ans sont : les délégués des départements élus au suffrage universel direct ; les représentants du commandement traditionnel élus par leurs pairs ». Cette entrée solennelle de la chefferie traditionnelle dans les organes délibérants

des régions (circonscriptions territoriales décentralisées) est une marque de revitalisation et de consécration constitutionnelle du rôle de la chefferie traditionnelle dans la décentralisation au Cameroun²⁶. Même si l'on peut regretter, pour ce qui est du Cameroun, que la chefferie, en tant qu'institution, ne jouisse d'aucune compétence directe dans le domaine de la décentralisation et qu'elle ne soit concrètement considérée ni comme une circonscription administrative, ni comme une collectivité territoriale décentralisée. Une réforme visant à redynamiser l'institution et la faire sortir de l'ambiguïté juridique serait donc nécessaire.

1.1.2. La constitutionnalisation par ricochet

- 12 La constitutionnalisation par ricochet (ou constitutionnalisation indirecte ou implicite) consiste à conférer à une norme une valeur constitutionnelle du fait de son lien avec une norme constitutionnelle ou alors du renvoi par la constitution à une norme autre qu'elle-même.
- 13 La constitutionnalisation par ricochet de la chefferie traditionnelle dans le constitutionnalisme des États d'Afrique subsaharienne est d'abord manifeste par le renvoi des lois fondamentales à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui stipule dans son préambule que les États membres tiennent compte « des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine... ». Cette disposition fonde certainement, avec le retour du constitutionnalisme libéral des années 90, le retour en force de la constitutionnalisation de la coutume et partant le retour des rois et des autorités traditionnelles dans le paysage politique des États africains²⁷. En effet, la constitution nigérienne dans son préambule proclame son attachement à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Pareille proclamation est faite dans le préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996. Quant à la constitution ivoirienne, elle proclame son adhésion aux droits et libertés tels que définis dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Ce phénomène, qualifié par Alain Franklin Ondoua d'internationalisation des constitutions en Afrique subsaharienne en matière des droits fondamentaux²⁸, a conduit les États sus-cités à opter pour la valorisation, mieux la constitutionnalisation des us et coutumes traditionnelles dont le chef

coutumier ou le roi est la figure de proue et le garant²⁹. C'est en ce sens que Célestin Sietchoua Djuitchoko soutient que la constitutionnalisation de la coutume a pour effet la consolidation juridique de la norme coutumière³⁰. Victor Emmanuel Bokali admet, pour sa part, que la coutume, en tant que source de droit, demeure une réalité. Dès lors, plutôt que de continuer à espérer l'anéantissement du droit coutumier, il paraît désormais judicieux de promouvoir un rapport de complémentarité, de parvenir à une symbiose entre les deux systèmes juridiques³¹. C'est sans nul doute dans cet esprit que les constitutions africaines ont fait leur, les dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en consacrant la protection des us et coutumes, donc celle de la chefferie traditionnelle.

- 14 Ainsi, l'article 24 de la constitution ivoirienne de 2016 dispose que « l'État promeut et protège le patrimoine culturel ainsi que les us et coutumes qui ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Dans le même esprit, le préambule de la constitution de la 7^e République du Niger énonce que le peuple nigérien souverain est soucieux de sauvegarder son identité culturelle. Il en est de même de l'article 1^{er} de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 qui dispose que « La République du Cameroun [...] reconnaît et protège les valeurs traditionnelles conformes aux principes démocratiques ». Un peu comme pour dire que l'État moderne du Cameroun ne compte pas nier son ancrage traditionnel, au contraire, il les reconnaît et s'engage à les protéger, à la simple condition que ces valeurs soient conformes aux principes démocratiques, notamment l'État de droit ou le droit étatique en vigueur.
- 15 Il faut signaler le cas du Cameroun. C'est en effet une ouverture mesurée à la chefferie traditionnelle ; non seulement la constitution ne marque pas une reconnaissance claire de l'institution cheffale mais, de plus, elle « semble soustraire les chefferies traditionnelles de l'emprise du droit ancestral pour les placer sous un régime entièrement de droit public et s'assurer par là leur contrôle, tant il est vrai que l'une des fonctions du droit public moderne est de promouvoir la domination politique des gouvernants et leur permettre, entre autres de réaliser leur projet de société³² ». La conséquence directe de cet état des choses est la cohabitation à côté

de l'ordre juridique étatique, ou du moins la survivance en son sein, de l'ordre coutumier qu'il s'attèle dès lors à encadrer.

1.2. L'encadrement statutaire de la chefferie traditionnelle

- 16 Le statut renvoie à un ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes ou d'agents ou à une institution et qui en déterminent pour l'essentiel la condition et le régime juridique³³. Appliqué au statut de la chefferie traditionnelle, on remarque que les législations tendent toutes à encadrer les conditions d'accession à la dignité de chef et de roi traditionnel d'une part, et les charges ou fonctions ou attributions d'autre part.

1.2.1. L'encadrement légal du mandat

- 17 Parler de mandat du chef traditionnel peut paraître incongru. Ce concept renvoie en effet à la démocratie libérale, au système représentatif, à l'expression du régime démocratique idéal³⁴. Or, la chefferie traditionnelle ou coutumière a souvent été perçue comme un legs ancestral contraire à la démocratie, du fait du caractère héréditaire du processus de succession. Cependant, le développement récent d'un droit coutumier public ou « le droit public des chefferies traditionnelles³⁵ » a permis l'intrusion des pouvoirs publics dans le système et une réelle influence sur ses règles du jeu. C'est le cas de la définition légale de la qualité de chef, de son mode de désignation et de la détermination de l'espace d'exercice de ses pouvoirs d'une part et la définition d'un ensemble de mécanismes de sanctions disciplinaires des monarques coutumiers qui sont autant d'instruments de contrôle des institutions coutumières par les pouvoirs publics d'autre part.
- 18 S'agissant de la définition ou de la détermination légale de la qualité de chef traditionnel, il est à noter que « la qualité ou la dénomination des chefs traditionnels varie suivant les États³⁶ ». En Côte d'Ivoire, la loi de 2014 (art. 37) dispose qu'« ont la qualité de Roi et de Chef traditionnel, les autorités traditionnelles ci-après, dont les institutions sont reconnues par les administrés et par l'Administration : les Rois ; les Chefs de province ; les Chefs de

canton ; les Chefs de tribu ; les Chefs de village ». Ceux-ci (art. 38) « sont désignés suivant les us et coutumes dont ils relèvent ». Ce qui est remarquable ici est que, même si les rois et chefs coutumiers ivoiriens sont désignés selon les us et coutumes de leurs peuples – ce qui veut dire qu'ils jouissent d'une légitimité populaire, parce que « reconnus par les administrés » –, ils doivent aussi être reconnus par l'administration. La question se pose alors de savoir ce qui peut advenir d'un chef qui n'est pas reconnu par l'administration ? Au regard de l'ancrage coutumier des rois et des chefs traditionnels ivoiriens (un ancrage qui a gagné en légitimité du fait de leur rôle dans le maintien de la paix pendant les années de crise³⁷), l'on peut déduire que la non-reconnaissance d'un chef traditionnel par le pouvoir légal n'influence pas leur légitimité sociale et culturelle, mais peut les priver 1/ de la protection due aux rois et chefs traditionnels offerte par l'État, 2/ des honneurs protocolaires, 3/ de leur intégration dans la résolution des conflits fonciers et de la gouvernance locale³⁸.

- 19 Au Niger, la loi de 2015 consacre en son article 3 les différentes dénominations des communautés coutumières et traditionnelles qui sont subdivisées selon le cas qu'ils sont dirigés par : « des sultans, des chefs de provinces, des chefs de cantons, des chefs de groupements, des chefs de secteurs, des chefs de villages, des chefs de tribu, des chefs des chefferies particulières, des chefs de quartiers ou des chefs de fractions ». Ils sont pour l'essentiel désignés selon le mode de nomination consacré par leurs communautés respectives³⁹. L'article 05 révèle une véritable « carriérisation⁴⁰ » de la fonction de chef traditionnel à travers la passibilité pour toute chefferie d'une communauté coutumière et traditionnelle d'« accéder, par décision du ministre chargé de l'Administration territoriale, à une catégorie supérieure » offrant ainsi au chef de cette communauté une promotion au grade. Tout comme l'État nigérien se réserve le droit de créer, de modifier et de supprimer à sa guise des communautés cheffales⁴¹. De même comme en Côte d'Ivoire, « toute élection ou désignation pour la direction d'une communauté coutumière et traditionnelle doit être entérinée par » l'autorité administrative⁴².

- 20 Au Cameroun, les questions relatives à la dénomination des chefferies traditionnelles font l'objet de l'article 5 du décret de 1977 portant

organisation de la chefferie traditionnelle : chaque chefferie porte la dénomination consacrée par la tradition, « toutefois, l'autorité compétente peut lui accorder, le cas échéant, une nouvelle dénomination ⁴³ ». Comme pour dire que l'État et son administration ont le dernier mot quant à la reconnaissance ou, mieux, l'identification d'une communauté donnée comme chefferie traditionnelle. Cette prégnance vaut aussi quant au processus de désignation d'un nouveau chef qui est faite sous la houlette de l'autorité administrative. Celle-ci coordonne d'abord le choix coutumier en procédant aux consultations nécessaires auprès des notabilités coutumières compétentes ⁴⁴ et signe, ensuite, l'acte de désignation du nouveau chef. Ainsi, au Cameroun, « les chefs de 1^{er} degré sont désignés par le Premier ministre, ceux de 2^e degré par le ministre de l'Administration territoriale et ceux de 3^e degré par le Préfet ⁴⁵ ».

- 21 Cette façon d'associer mécanismes coutumiers et mécanismes administratifs matérialise « la gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire ⁴⁶ ». Par la cooptation coutumière, la légitimité anthropologique du candidat, sa reconnaissance et son enracinement au sein de sa communauté sont garantis ⁴⁷. Par sa désignation ou sa nomination par l'administration, on assiste à ce que Jean Nyoya qualifie de « capture juridico-politique de la chefferie par le pouvoir d'État ⁴⁸ ». Cette captation, même si elle assure aux chefs traditionnels une certaine protection de la part de l'État central ⁴⁹, vise plutôt à les soumettre au régime de droit public et à mieux les contrôler ⁵⁰. Volonté de contrôle qui transparaît dans le droit absolu que se réservent les pouvoirs publics de sanctionner les autorités coutumières insoumises par des mesures disciplinaires, pouvant aller jusqu'à la destitution ⁵¹. Ces mesures généralement appliquées dans les relations internes à l'administration étatique témoignent d'une auxiliarisation de la chefferie coutumière.

1.2.2. L'auxiliarisation administrative des fonctions

- 22 Depuis l'époque coloniale, les pouvoirs publics ont fait du chef traditionnel un courtier de l'administration ⁵² : il assume un ensemble

de charges ou de fonctions administratives ; il reçoit une rémunération conséquente ; il se soumet à un régime de sanctions disciplinaires. Tout cela fait dire à Charles Ngah Mback que le chef traditionnel est un « agent auxiliaire déconcentré » de l'administration⁵³. Ce qui conduit à une confusion entre les agents de l'État et les chefs traditionnels⁵⁴.

- 23 Ce constat part de la lecture de certaines dispositions des textes régissant l'institution ; textes qui étalent un ensemble d'attributions et d'avantages de fonctions dignes de ceux des agents publics qui forment la fonction publique de l'État. Prenons le cas du Cameroun. L'article 10 du décret de 1977 dispose que « sous l'autorité du ministre de l'Administration territoriale, les Chefs traditionnels ont pour rôle de seconder les autorités administratives dans leur mission d'encadrement des populations ». À ce titre, poursuit l'article 20, ils sont « auxiliaires de l'administration ». Au nom de leur complémentarité, les pouvoirs publics camerounais décrètent la confusion entre autorités administratives et autorités traditionnelles. On exige en effet des chefs traditionnels non seulement qu'ils transmettent aux populations les directives des autorités administratives, mais aussi qu'ils se chargent « d'en assurer l'exécution ». Ils sont en outre chargés de concourir « sous la direction des autorités administratives compétentes, au maintien de l'ordre public et au développement économique, social et culturel de leurs unités de commandement ». L'alinéa 3 disposait même – la fonction a été abandonnée – qu'ils se chargent « de recouvrer les impôts et taxes de l'État et des autres collectivités publiques ». Par ces attributs, le statut du chef traditionnel au Cameroun rappelle ou se rapproche de son rôle utilitariste construit par le colonisateur français pour qui « le chef indigène n'est qu'un instrument, un auxiliaire. [...] il met au service du commandant de cercle non seulement son activité et son dévouement, mais encore sa connaissance du pays et l'influence réelle qu'il peut avoir sur les habitants de ce pays. Le chef indigène ne parle, n'agit jamais en son nom mais toujours au nom du commandant de cercle et par délégation formelle ou tacite de celui-ci⁵⁵ ». Le pouvoir colonial a donc fait passer le chef traditionnel du rôle de représentant, chef et protecteur de son peuple à celui de courtier de l'administration, ou de simple agent d'exécution que l'on utilise pour favoriser

l'assimilation servile des populations aux dépens de leur émancipation⁵⁶. Ainsi, bien que les chefs traditionnels aient eux-mêmes bénéficié, avant la colonisation, d'un pouvoir fiscal souverain sur leurs sujets, cette souveraineté va, au fil du temps, avec l'arrivée de l'administration allemande, s'effriter au profit de l'administration coloniale⁵⁷.

24 Succédanés de l'administration coloniale, les pouvoirs publics des États indépendants ont pérennisé ce rôle auxiliaire de la chefferie traditionnelle, mais cette fois au service de la centralisation des États postcoloniaux⁵⁸. C'est le cas du Niger qui a fait de l'Association des chefs traditionnels du Niger (ACTN), dont le statut est reconnu, un acteur de premier choix dans la médiation en vue du règlement de divers problèmes politiques ; militaro-politiques et sociaux économiques⁵⁹. Ce rôle des chefs traditionnels nigériens est similaire à celui qu'ont joué leurs homologues ivoiriens durant les deux décennies de la crise politique et sécuritaire qui a émaillé le pays⁶⁰. Toutes choses qui ont sans doute milité en faveur de l'institutionnalisation, par le législateur ivoirien, d'une incorporation des autorités coutumières par la loi de 2014 portant statut des rois et chefs traditionnels, à savoir, la création en son article 8 de la Chambre nationale des rois et chefs traditionnels⁶¹. Certains auteurs voient dans cette instance coutumière un instrument au profit de l'État et du politique avec, pour objectifs, la quête ou la consolidation du pouvoir étatique, le clientélisme politique, le renforcement de l'autorité du régime politique en place, la construction d'une paix relative et la mise en place d'un processus de réconciliation sociale en cours. C'est donc un nouveau paradigme important de gouvernance étatique qui intègre la diplomatie coutumière⁶².

25 L'autre élément qui témoigne de l'auxiliarisation des chefs traditionnels est leur rémunération ou leur traitement salarial⁶³. Au Cameroun, un décret datant du 13 septembre 2013 modifiant et complétant certaines dispositions du décret de 1977 portant organisation de la chefferie traditionnelle institue des allocations mensuelles (Francs CFA) : chef de 1^{er} degré : 200 000 ; chef de 2^e degré : 100 000 ; chef de 3^e degré : 50 000. Ces allocations constituent donc de véritables salaires si l'on s'en tient aux conditions prévues par l'article 23 qui indique que cette allocation ne saurait se cumuler avec les indemnités de parlementaire, le traitement de

fonctionnaire ou d'agent de l'administration publique ; quiconque serait dans une situation de cumul devrait opérer un choix. Le Niger alloue une allocation annuelle suivant la catégorie des chefferies, à la charge du budget national ⁶⁴.

- 26 D'un côté, on peut lire ces allocations comme une volonté de garantir l'indépendance de la chefferie, désormais à l'abri du besoin, et comme le souhait d'éviter le racket des administrés. De l'autre, on doit l'interpréter comme une marque de servitude vis-à-vis des pouvoirs publics : les rois et chefs sont désormais placés dans une posture de subordination hiérarchique qui, à moyen terme, porte atteinte à leur autonomie. On peut ainsi craindre que ceux-ci, par peur d'être suspendus de solde, soient dans l'incapacité de résister aux pouvoirs publics de l'État. Le risque de destitution va dans le même sens. Certains auteurs y voient une stratégie visant à dépouiller le chef « de son auréole sacré ⁶⁵ », à le rendre docile et malléable : les pouvoirs étatiques peinent en effet à cohabiter avec un pouvoir concurrent ⁶⁶.

2. La résistance de la chefferie traditionnelle à l'égard de l'État

- 27 S'il est avéré que depuis l'époque coloniale jusqu'à nos jours, les pouvoirs publics cherchent à absorber la chefferie traditionnelle, il est aussi remarquable que cette dernière ne se laisse pas diluer ou dénaturer. Les chefferies résistent à certaines évolutions anciennes et contemporaines voulues par l'État, aussi bien sur le plan institutionnel que juridique.

2.1. La résistance institutionnelle

- 28 L'État aurait voulu imposer le cadre de la chefferie légale. Il n'y est pas parvenu. L'État voudrait encore faire admettre des obligations légales. Mais il peine à les faire appliquer.

2.1.1. La résistance à l'institution des chefferies légales

- 29 La distinction entre légitimité et légalité en matière de chefferie traditionnelle reflète la complexité des relations entre les institutions

traditionnelles et l'État. En effet, la chefferie est considérée comme légitime dès lors qu'elle découle des coutumes et des traditions locales et qu'elle est confiée à une lignée de monarques ancestraux, ayant parfois préexisté à l'État. La chefferie légale est celle qui est reconnue, voire créée *ex nihilo* par l'autorité administrative conformément aux lois et règlements de l'État. Cette opposition entre chefferies légitimes et chefferies légales met en scène la problématique des rapports entre tradition et modernité ou mieux encore, entre pouvoir traditionnel et pouvoir politique moderne⁶⁷.

30 En effet, d'après les anthropologues, la création des chefferies part du charisme d'un leader, généralement l'aîné d'une famille, reconnu pour son habileté ou son excellence dans un domaine tel que la chasse, la guerre ou le commerce⁶⁸. Le leader transforme son prestige social en autorité politique, par le biais des associations coutumières, puis se fait consacrer par un chef voisin déjà bien installé⁶⁹. Par les liens de sang, une succession dynastique prend le relais et institue une chefferie héréditaire fondée sur la transmission, donc la tradition. L'administration coloniale ne pouvait s'accommoder d'un tel pouvoir concurrent. Partout, dans l'espace francophone ou anglophone, les agents coloniaux ont circonscrit le pouvoir des chefs à un niveau subalterne étroitement contrôlé par l'administration. Celle-ci leur a non seulement assigné de nouvelles missions, mais leur a aussi associé de nouveaux responsables chargés de collecter l'impôt ou de transmettre les ordres de l'administration à un quartier ou à un village⁷⁰. C'est la naissance de la chefferie légale (ou chefferie administrative) créée selon les procédures édictées par l'administration. Pour mettre au même niveau ces nouveaux chefs administratifs et les chefs légitimes, les autorités coloniales entreprirent de reconnaître ou de nommer les chefs légitimes par des actes administratifs. Ainsi, chefferies légitimes et chefferies administratives étaient désormais soumises à la même légalité.

31 Illustrons le propos. L'administration coloniale, comme toute administration étatique, était préoccupée par la levée des impôts⁷¹. Or, l'autorité des chefs légitimes se limitait uniquement aux liens familiaux⁷² ; tandis que les immigrants, les nomades et les étrangers qui déambulaient, échappaient à leur autorité, de sorte que les chefs légitimes, sur le seul fondement de leur légitimité, ne pouvaient pas collecter l'impôt au nom de l'administration auprès de

ces populations étrangères qui écumaient leur territoire. Il fallait donc les munir d'une nouvelle compétence administrative. D'où l'acte de nomination administrative qui déterminait la zone de compétence, parfois même au-delà de l'espace familial. En 1921, le chef Feinboy Nkette, dans le Moungo (Cameroun), exerçait depuis longtemps déjà le commandement dans sa communauté. Un acte administratif de 1925 le nomme chef supérieur des étrangers pour toute la partie méridionale du Moungo⁷³. Il s'agit ici de légaliser une chefferie légitime préexistante, dans une dynamique où l'administration coloniale allemande, par une série de décrets (1902-1913⁷⁴), avait fait des chefs traditionnels des collecteurs de l'impôt⁷⁵. C'est cette légalisation que les États indépendants ont pérennisée par la reconnaissance administrative⁷⁶.

- 32 Le cas des peuples acéphales, c'est-à-dire sans chefferies traditionnelles, est édifiant. Pour atteindre les objectifs fiscaux, les pouvoirs publics ont décidé de créer des chefferies (contre la tradition) sur toute l'étendue du territoire national. Ceci en vue de pallier le déficit du personnel administratif de l'État et les défaillances du pouvoir central⁷⁷. De même, en réaction à l'insoumission de certains chefs traditionnels, dont la destitution n'entamait ni la légitimité ni le charisme⁷⁸, l'administration a nommé des chefs administratifs concurrents en vue d'exercer les attributions administratives dévolues à la chefferie traditionnelle. Tout cela a parfois abouti à un double jeu de loyauté, voire des guerres de trônes. Situation vertement critiquée par Jean Mô'ô Temoyim Tsombeng qui relève que « malgré l'obligation faite aux autorités administratives de consulter les notabilités coutumières compétentes, des problèmes ne manquent pas très souvent de survenir, parce que beaucoup parmi elles sont ignorantes des coutumes locales, sans compter les cas de corruption et de détournement des successions⁷⁹ ». Même constat dans la zone forestière du centre-sud du Cameroun, notamment chez les Bassa qui reconnaissent une chefferie séculaire aux racines ancestrales et mystiques : les Mbombog⁸⁰ (membres d'une société secrète : le Mbog⁸¹) dont l'autorité a été dénaturée au contact de l'administration coloniale et moderne, d'abord par la persécution, ensuite par la nomination par l'État de chefs administratifs qui collaborent plus aisément avec l'administration.

- 33 Il est donc clair que les rapports entre chefferie et administration, qui ont pour finalité « la nécessité de relier l'administration à la population ⁸² », restent tumultueux : ils oscillent « entre duel et duo ⁸³ », du fait du désir croissant de soumettre les chefs et de limiter les pouvoirs des chefs traditionnels ⁸⁴.

2.1.2. La résistance aux obligations légales

- 34 La volonté d'imposer la neutralité politique et la territorialité du pouvoir s'est heurtée à la résistance des chefferies traditionnelles. S'agissant de la neutralité politique, elle est consacrée par les systèmes ivoiriens et nigériens. L'article 26 de la loi nigérienne portant statut des chefs traditionnels de 2015 dispose d'abord que « les fonctions de chef traditionnel sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat politique ou syndical » ensuite, le paragraphe suivant souligne que « le chef traditionnel est astreint aux obligations de neutralité, de réserve et d'impartialité ». Cette disposition peut étonner dans un contexte nigérien où la chefferie traditionnelle a toujours représenté une réelle force politique, au point d'avoir amené l'opinion et la doctrine nigériennes à consacrer un slogan fort évocateur : « pactisez avec elle, vous gagnerez toute élection ⁸⁵ ». Peut-on croire qu'une prescription législative pourrait faire basculer dans la neutralité politique, une institution dont l'appui « fut déterminant dans l'orientation des suffrages lors des élections ⁸⁶ », ou dont on dit qu'elle est « faiseurs de rois ⁸⁷ » ? Tout cela n'est qu'un souhait, surtout en matière de militantisme politique, où clientélisme et corruptions sont des vices solidement enracinés en Afrique. On peut donc dire avec Garba Abdoul Azizou, qu'en dépit de la proclamation de la neutralité politique des chefs traditionnels nigériens, il perdure un « tazarcé » c'est-à-dire, une continuité, une complicité invisible (en langue Haoussa) entre chefferie traditionnelle et politique. L'auteur prend exemple sur le coup d'État constitutionnel réalisé par le Président Mamadou Tandja en 2009 avec la complicité des chefs traditionnels ⁸⁸.
- 35 Le législateur ivoirien va plus loin que son homologue nigérien en proclamant que « les rois et chefs traditionnels sont soumis aux obligations de neutralité, d'impartialité et de réserve. Ils doivent s'abstenir d'afficher leur appartenance politique ⁸⁹ » ; « la qualité de roi et de chef traditionnel est incompatible avec l'exercice de tout

mandat électif⁹⁰ ». Il s'agit d'une « précaution d'éthique qui doit guider les autorités traditionnelles dans leurs relations avec l'administration ou les partis politiques. Les rois et les chefs doivent être au-dessus de la mêlée⁹¹ ». On leur demande d'être des promoteurs des idéaux de paix, de développement et de cohésion sociale⁹². En réalité, la neutralité politique peine à s'imposer sur le terrain. D'après un rapport d'Afrobarometer de 2021, l'influence politique des chefs traditionnels ivoiriens reste prégnante, surtout en matière de consigne de vote⁹³ ; par exemple, en 2018, suite à la prise de position du roi des N'Zima en faveur du candidat du parti au pouvoir⁹⁴. Attitude nettement en contradiction avec l'interdiction de prise de parole publique sur les questions politiques quelles qu'elles soient⁹⁵.

- 36 Confiner la chefferie traditionnelle à un territoire est une autre illusion. En Afrique, les sociétés coutumières sont bâties sur les liens de sang qui fondent les clans, les ethnies, les tribus. « Les liens de sang et de vassalité l'ont très souvent emporté sur la fixation territoriale pour identifier les sociétés politiques africaines⁹⁶. » Par conséquent, le pouvoir du chef traditionnel transcende son territoire administratif de commandement et opère partout où se trouvent les sujets, au pays comme ailleurs. C'est ce que démontre Ibrahim Mouiche, à propos des chefs bamiléké du Cameroun, lorsqu'il laisse entendre que « la prégnance des chefferies est très forte et il apparaît inconcevable aux yeux d'un Bamiléké, même exilé en ville, de ne pas dépendre d'une chefferie. C'est pourquoi, même urbanisé, il participe à la vie de sa chefferie avec ce que cela suppose de présence physique aux associations et dépenses financières ; sa réussite sociale n'étant complète que si elle se solde par la détention d'un titre vénal dans l'une des sociétés de notables⁹⁷. » Ainsi, dans les faits, le territoire n'arrête pas le pouvoir des chefs légitimes, car les relations avec la chefferie et la tradition sont « porteuses d'identités à côté de la citoyenneté nationale⁹⁸ ». *In fine*, si la territorialisation de la chefferie traditionnelle peut paraître avantageuse pour l'efficacité des politiques publiques de planification du développement et d'aménagement du territoire, elle reste inefficace.

2.2. La résistance juridique

- 37 Dans les États d'Afrique subsaharienne, les autorités insistent sur la diversité culturelle. Comment pourrait-il en aller autrement ? Le préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 proclame, par exemple, que le peuple camerounais est « fier de sa diversité linguistique et culturelle, élément de sa personnalité nationale qu'elle contribue à enrichir⁹⁹ ». Rodrigue Ngando Sandje y voit « l'exaltation de la diversité linguistique et culturelle » considérée comme « élément constitutif d'une personnalité plurielle¹⁰⁰ ». Mais, au regard de la survie des chefferies traditionnelles, la diversité linguistique et culturelle se double d'une diversité juridique : autant de chefferies traditionnelles, autant d'ordres juridiques coutumiers qui entretiennent, entre eux, une pluralité de rapports horizontaux et, avec l'État central, une pluralité de rapports verticaux. D'où deux problèmes : d'une part, les chefferies refusent le monisme juridique que l'État aurait souhaité imposer ; d'autre part, les chefs traditionnels, en tant que gardiens des coutumes, législateurs et juges, refusent parfois d'appliquer les principes de l'État de droit.

2.2.1. La résistance au monisme juridique

- 38 La plupart des nouveaux États africains indépendants auraient souhaité faire disparaître le droit traditionnel, en tant qu'entrave au développement économique et social¹⁰¹. Dans les décennies qui suivent l'indépendance, qu'a-t-on constaté ? Non seulement le droit traditionnel a survécu, mais il a même souvent été perçu comme le droit applicable plutôt que le droit étatique, celui des codes, des lois et des décrets. Depuis lors, il est clair avec Alain Franklin Ondoua que les États africains font face à un pluralisme juridique de fait, ou du moins un pluralisme national, ethnique et culturel qui cache mal le dépassement du mythe de l'État-nation¹⁰². D'après une doctrine fort répandue¹⁰³, l'Afrique subsaharienne est un espace de pluri-juridisme, du fait de la résistance des systèmes juridiques intra-étatiques. Tout cela a été consacré par une réflexion qui prend sa source dans la dimension démotique de l'ordre constitutionnel. Il s'agit de dire que le statut des nationaux est déterminé dans la constitution tout entière en tant que *pactum societatis* et qu'il faut observer le peuple non seulement dans son unité en tant que

nation, mais aussi dans sa diversité anthropologique¹⁰⁴. Tout part de l'étymologie grecque : *démotique* vient de *démotikos* qui désigne « le peuple non pas seulement en tant qu'unité indivisible (*publica*), mais aussi comme addition des singularités qui le composent¹⁰⁵ ». La promotion constitutionnelle de la diversité culturelle des États africains s'inscrit dans cette dynamique. En effet, en Afrique, la reviviscence de la chefferie traditionnelle – qu'elle soit légitime, ou légale, ou l'un et l'autre à la fois – constitue ce que Rodrigue Ngando Sandje qualifie de « consécration juridique des groupes nationaux qui, mieux qu'une simple reconnaissance, exige une prise en compte des spécificités dans l'agencement politique de l'État ».

- 39 Or, il existe en Afrique autant d'ordres juridiques coutumiers que de communautés. C'est ce que l'on nomme le bijuridisme africain. Les systèmes de droit traditionnel ou coutumier ont en effet des modes de formation et de légitimation qui ne se préoccupent nullement de la notion d'État. « Échappant au monisme étatique, ils se caractérisent par leur rattachement à un groupe, une ethnie ou un espace géographique sur le territoire¹⁰⁶. » Coordonner ces différents systèmes juridiques coutumiers reste une quadrature de cercle pour les États africains, surtout dans les rapports horizontaux de systèmes coutumiers¹⁰⁷. C'est ce qui justifie la suppression ou l'abolition du droit coutumier par certains pays au lendemain des indépendances, par exemple la Guinée de Sékou Touré¹⁰⁸. La Côte d'Ivoire, après une période de promotion du droit moderne et d'étouffement de la coutume à travers la suppression des tribunaux coutumiers, est entrée dans une nouvelle ère avec la réhabilitation de la chefferie traditionnelle et la décision d'offrir à la chambre des chefs et rois de nouvelles attributions en matière socio-économique¹⁰⁹. Le Cameroun, quant à lui, assume son pluralisme, du fait de son double héritage colonial, d'une part, et de sa diversité culturelle, d'autre part. Par conséquent, subsiste dans la même enceinte un pluralisme incomptable de « sous-ordres juridiques dans l'espace étatique camerounais¹¹⁰ ». Le législateur et le juge camerounais semblent avoir opté pour une forme de *Ponce-Pilatisme* juridique : en effet, d'une part, bien que le juge suprême ait proclamé que dans les matières où il a été légiféré, la loi l'emporte sur la coutume¹¹¹ ; et d'autre part, bien que le législateur ait proclamé qu'en cas de silence, d'obscurité de la coutume ou de sa contrariété à l'ordre public, la loi

devrait être appliquée, il est remarquable de constater avec Pierre-Étienne Kenfack qu'« en marge du système juridique étatique, malgré l'existence des juridictions traditionnelles, continuent de fonctionner des systèmes de droit traditionnels, organisés autour des communautés ethniques » à la tête desquelles trônent les chefs traditionnels qui sont à la fois légistes et juges. Toutes choses qui s'éloignent de l'idéal d'État de droit¹¹².

2.2.2. La résistance à l'État de droit

40 L'une des raisons pour lesquelles l'administration coloniale puis les gouvernements des nouveaux États indépendants ont cherché à soumettre les chefferies traditionnelles est qu'elles relevaient d'une aristocratie archaïque, hostile au modèle de l'État de droit, à la séparation des pouvoirs, aux droits fondamentaux, à la démocratie. Les inquiétudes demeurent, car son organisation reste marquée par une confusion des pouvoirs entre les mains du chef et par le désintérêt pour les droits fondamentaux. Par nature, la chefferie est une institution *contra democratia*¹¹³. Le chef ne tient pas son pouvoir du peuple, mais des dieux ou des esprits¹¹⁴. D'où la réunion des pouvoirs entre les mains des chefs traditionnels. Ils étaient chefs spirituels, chefs de guerre, gardiens des coutumes, législateurs et juges. « Ils étaient vénérables et redoutables, ils étaient propriétaires de toutes les terres dont ils étaient les seuls gestionnaires¹¹⁵. » En un mot, le chef traditionnel africain originel était un potentat. Cette essence de son pouvoir marqué par la confusion et l'absolutisme a certes été tempérée par les administrations coloniales et celles des États indépendants, il ne reste pas moins vrai que les institutions coutumières gardent toujours une certaine distance avec les exigences de la démocratie qui fondent l'État de droit, notamment la séparation des pouvoirs. Même les conseils des notables (des assemblées consultatives) sont nommés par lui¹¹⁶. De sorte qu'il est souvent le seul à décider. C'est ce que Ramses Tsana qualifie de « gouvernance autoritaire¹¹⁷ ». C'est également ce qui a pu conduire à de véritables abus d'autorité¹¹⁸.

41 Prenons l'exemple des chefs traditionnels du nord Cameroun, plus connus sous le titre de Lamido, qui sont souvent mis en cause, notamment par les organismes de défense des droits de l'homme¹¹⁹. Le cas du meurtre suspect d'un jeune homme dans le lamidat (le

palais du Lamido) de Garoua en 2022 où la garde du Lamido, sous les ordres de ce dernier, aurait battu à mort le défunt est une illustration. Commentant cette affaire, Richard Arimmiraye Nyelade et Dunfu Zhang révèlent qu'au nord Cameroun, le Lamido « a droit de vie et de mort sur ses sujets. Et de ce point de vue, il vaut mieux ne pas résister à ses desideratas ¹²⁰ ». Autre exemple rapporté par l'UNHCR qui fait mention d'un meurtre perpétré en 1996 sur la personne d'Haman Adama Daouda, membre d'un parti d'opposition UNDP, mort le 18 février 1996, après avoir été agressé par la milice privée du Lamido de Rey Bouba. Ce dernier a une réputation bien établie ¹²¹. Ces atteintes aux droits de l'homme dans les chefferies traditionnelles des régions septentrionales du Cameroun trouvent leur origine dans les conquêtes djihadistes menées par les leaders religieux peuls qui capturaient des esclaves sur lesquels ils avaient droit de vie et de mort, ce qui fait perdurer un système esclavagiste jusqu'à nos jours ¹²². Alawadi Zelao explique ¹²³ :

Pour asseoir leur hégémonie, tout comme dans le cas de la mise sur pied du système capitaliste par les occidentaux, les peuls ont mis en œuvre le système lamidal à travers des systèmes de hiérarchies, de connaissances, et des systèmes culturels. C'est ainsi que l'on assiste à la permanence de l'esclavagisme introduit depuis les débuts du XIX^e siècle se manifestant à l'époque contemporaine sous divers avatars. L'esclavage se propage insidieusement dans les communautés du nord Cameroun par le canal de structures traditionnelles qui se sont formées dans les rapports conflictuels entre les conquérants et les autochtones : Lamidats, Sultanats, etc.

- 42 Le système montre ici ses limites : le maintien des chefferies peut aussi s'accompagner d'atteintes aux droits fondamentaux et, indirectement, à la réputation même du Cameroun comme État de droit.

Conclusion

- 43 Les chefferies traditionnelles, dans leurs rapports avec le droit public moderne, révèlent trois éléments.
- 44 1/ Absorbées et utilisées par l'autorité coloniale, les chefferies ont survécu malgré les réticences des fondateurs des nouveaux États

indépendants. Mieux : elles se sont peu à peu imposées comme des institutions légitimes, tout d'abord, à cause de leur origine sacrée, ensuite, à cause de leur capacité à régir les populations locales, enfin, à cause de leur implication lors des crises politiques récentes. Toutes choses qui ont fait muter les relations entre chefferies traditionnelles et États modernes de la méfiance à un quasi-partenariat ¹²⁴.

Conséquence, les gouvernements ont reconnu les chefferies traditionnelles et les ont consacrées.

- 45 2/ Constitutionnalisées et auxiliarisées, les chefferies ont à la fois été reconnues officiellement, voire même « constitutionnellement protégées ¹²⁵ » ; mieux qu'elles ne l'avaient été auparavant. Sauf qu'en revers, elles ont indirectement été soumises au droit public de l'État qui a imposé toute une réglementation concernant les mandats et les fonctions des chefs.
- 46 3/ Soumises et subordonnées, les chefferies ont en revanche su résister sur plusieurs points jugés cruciaux : elles veulent être perçues comme des chefferies traditionnelles et non comme des chefferies administratives ou légales, tenant leur légitimité des esprits et de la tradition, non de l'État et de son administration ; elles refusent certains principes comme la neutralité politique ; elles refusent de voir disparaître le droit traditionnel au profit du droit de l'État ; elles rejettent parfois les principes de l'État de droit, notamment – et cela est le plus grave – les droits fondamentaux.

NOTES

1 Ce bijuridisme ne doit pas être confondu avec deux autres notions voisines, d'une part la coexistence des systèmes juridiques nationaux avec le droit d'une organisation d'intégration, telles que l'OHADA ou la CEMAC, d'autre part la cohabitation au sein d'un même État des deux systèmes de droit civil et de *common law*, comme au Canada ou au Cameroun (M. BASTARACHE, « Les défis nouveaux du bijuridisme », *Revue Générale de droit*, 1998, vol. 29, n° 2, p. 241-246 ; M.-C. GERVAIS et M.-F. SEGUIN, « Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations », *Ministère de la justice Canada*, 2011, p. 1-20 ; J.-J. NDONGO, *Le bijiridisme camerounais face à l'harmonisation et à la traduction des lois*, Thèse, Université de Genève, 2013 ; Y. G. OYONO, *Le pluralisme juridique au*

Cameroun de l'administration franco-britannique sous le régime colonial à la mouvance constitutionnelle du 18 janvier 1990 dans l'État indépendant : Essai sur le « vivre ensemble juridique » en Afrique noire, Thèse, Université Aix Marseille et Université de Yaoundé II, 2022).

- 2 T. Z. MBENG, *L'unification du droit de la famille au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2010 ; M. TIMTCHENG, « Le droit camerounais des successions dépouillé des conceptions civilistes », *Revue générale de droit*, 2011, vol. 41, n° 1, p. 531-563 ; H. M. G. OUEDRAOGO, « De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes », *Études Rurales*, 2011, p. 79-93.
- 3 J. EBERLEE, « Le rôle des chefs traditionnels en Afrique », IDRC-CRDI, 2011.
- 4 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *Revue Africaine de Droit et de Science Politique (RADSP)*, 2023, p. 419-458.
- 5 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 423 ; A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau droit constitutionnel en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *Jus Politicum/Revue internationale de droit politique*, 2022, p. 233-268, [En ligne] < www.juspoliticum.com >, consulté le 06/08/2025 ; C. TRIMUA, « Le statut juridique de la chefferie traditionnelle au Togo : incertitudes et ambiguïtés », *Gouvernance en Afrique-Alliance pour refonder la gouvernance en Afrique (ARGA)*, 2007.
- 6 L. NGONO TSIMI, *L'autonomie administrative et financière des collectivités décentralisées : l'exemple du Cameroun*, Thèse, Université de Paris-Est, 2010, p. 37.
- 7 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnel en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 236.
- 8 E. MULLER, « Droit public », in M. BENZERAFI-ALILAT, D. LAMARQUE et G. ORANGE (dir.), *Encyclopédie du management public*, Institut de la Gestion Publique et du Développement économique, 2023, p. 272.
- 9 Dans certains pays comme le Burkina Faso, le Mali et le Niger, et même le Cameroun, la chefferie traditionnelle a connu des moments difficiles avec une réelle volonté d'anéantissement, du moins d'émasculation par les pouvoirs publics qui voyaient en elle la survivance d'une aristocratie dépassée en contradiction avec les idéaux de modernisation des jeunes

nations. C'est face à la résilience et à l'attachement indéfectible des populations au pouvoir sacré des chefs que les pouvoirs publics se sont peu à peu résignés à composer tant bien que mal avec ces autorités (C. NACH MBACK, « Chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *Africa Développement*, vol. XXV, n° 3 et 4, 2000, p. 77-118).

10 Au Cameroun, le texte qui reconnaît la chefferie traditionnelle est le décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles ; en Côte d'Ivoire, c'est la loi n° 2014-426 du 14 juillet 2014 portant statut des rois et chefs traditionnels ; au Niger, c'est la loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle.

11 C. NACH MBACK, « Chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *op. cit.*, p. 82 ; P.-C. KAMGAING, « La concession de la chefferie traditionnelle, lieu public ou lieu privé ? », *Les Annales de droit*, 2022, p. 121-140.

12 A. DOUMIEN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 233.

13 F. BAMBOU, « Chefferie, au cœur de l'histoire », *Afrique magazine*, 2026, [En ligne] < <https://afriquemagazine.com> >, consulté le 06/08/2025.

14 K. A. OUATTARA, « La chefferie africaine : tradition, modernité et survivance », *Revue Ivoirienne d'Histoire* (Rev. Iv hist), 2014, p. 86-99, [En ligne] < www.revues-ufhb-ci.org >, consulté le 05/11/2025 ; C. NACH MBACK, « Chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *op. cit.* ; A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 426 sqq.

15 S. NGA EFOUBA, *La crise de la chefferie traditionnelle en Afrique au sud du Sahara*, Paris, L'Harmattan, 2019, 4^e de couverture.

16 C. SALCEDO, « Le statut constitutionnel des chefs traditionnels en Afrique du Sud », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014.

17 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 234.

18 *Ibid.*

19 Article 175 de la constitution ivoirienne de 2016.

20 K. GNENEFOLLO et P. ADJE N'GORAN, « L'institutionnalisation de la corporation des autorités coutumières en Côte d'Ivoire : enjeux et perspectives », *International Journal of Financial Accountability, Economics, Management, and Auditing*, 2024, vol. 6, n° 2, p. 265-285.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 B. GUEDE, « La chefferie traditionnelle au Niger : Pilier de la culture et de la gouvernance locale », *Niger diaspora*, 2024, [En ligne] < <https://nigerdiaspora.net> >, consulté le 12/08/2025.

24 Conseil d'État, *Chefferie traditionnelle, processus de l'élection du Chef traditionnel et contentieux devant le Conseil d'État*, Niamey, Albarka, 2021, p. 10, [En ligne] < www.conseildetat.ne >, consulté le 12/08/2025.

25 H. M. G. OUEDRAOGO, « Décentralisation et pouvoirs traditionnels : le paradoxe des légitimités locales », *Monde en Développement*, vol. 34, 2006, p. 18.

26 A. E. L. ELOUNA, « Élitisme et crises de légitimité dans les chefferies traditionnelles de la grande zone forestière du Cameroun », *Revue Académie Africaine de Recherche Francophone (ACAREF)*, [En ligne] < <https://revues.acaref.net> >, consulté le 22/08/2025.

27 C.-H. PERROT et F.-X. FAUVELLE-AYMAR, *Le retour des rois. Les autorités traditionnelles et l'État en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2003.

28 A. F. ONDOUA, « L'internationalisation des constitutions en Afrique subsaharienne francophone et la protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme (RTDH)*, 2014, p. 437 sq.

29 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 239.

30 C. SIETCHOUA DJUITCHOKO, « Aspects de l'évolution des coutumes ancestrales dans le droit public des chefferies traditionnelles au Cameroun », *Revue générale de droit*, 2002, vol. 32, n° 2, p. 359-381, spécialement p. 362.

31 Cité par A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 244.

32 C. SIETCHOUA DJUITCHOKO, « Aspects de l'évolution des coutumes ancestrales dans le droit public des chefferies traditionnelles au Cameroun », *op. cit.*,

p. 361-362.

33 G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 9^e éd., 2011 ; D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Toulouse, Institut Fédéral de la Recherche – Université Toulouse Capitole 1, 2013.

34 R. GUILLAUME, « Le mandat », *Cahiers Jean Moulin*, 2016, p. 1-11.

35 C. SIETCHOUA DJUITCHOKO, « Aspects de l'évolution des coutumes ancestrales dans le droit public des chefferies traditionnelles au Cameroun », *op. cit.*, p. 364.

36 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 247.

37 M. J. MAHIER BAH, C. L. KOFFI EBEN-EZER et S. GADE, « La chefferie traditionnelle à l'épreuve des mutations et compétitions politiques en Côte d'Ivoire : cas de Kéibly dans la sous-préfecture de Bloléquin en pays Wè », *Autrepart*, 2018, n° 86, p. 125-138.

38 Articles 4 et 5 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels en Côte d'Ivoire.

39 Article 9 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle en République du Niger.

40 Relatif à la carrière, ou carrière professionnelle, c'est-à-dire un cheminement par étapes où l'on peut bénéficier de promotions professionnelles.

41 Article 6 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle en République du Niger.

42 Article 10 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle en République du Niger.

43 Article 5 du décret de 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles.

44 Article 10 et 11 du décret de 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles.

45 Article 15.

46 E.-P. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire : les enseignements de l'expérience camerounaise », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2009, p. 153-160.

47 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 248.

48 J. NJOYA, « Autorités traditionnelles et pouvoir politique au Cameroun : Captation politico-juridique et mobilisation des ressources d'adaptation et de maintien », *Verfassung in Recht und Übersee (VRÜ/WCL)*, 2023, p. 419-440, spécialement p. 426.

49 Article 27 du décret de 1977 portant organisation de la chefferie traditionnelle au Cameroun. Il y est souligné que « l'État est tenu d'assurer au chef la protection contre les menaces, outrages, violences, voies de fait, injures ou diffamations dont il peut être l'objet en raison ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » ; l'article 5 de la loi ivoirienne de 2014 garantit aussi la protection des autorités traditionnelles par l'État.

50 C. SIETCHOUA DJUITCHOKO, « Aspects de l'évolution des coutumes ancestrales dans le droit public des chefferies traditionnelles au Cameroun », *op. cit.*, p. 361-362.

51 Le rappel à l'ordre, l'avertissement, le blâme simple, le blâme avec suspension pendant trois mois au plus de la totalité de ses allocations, la destitution (Conf. Articles 29 et 30 du décret de 1977 organisant la chefferie traditionnelle au Cameroun). Selon l'alinéa 3 de l'article 30 du décret de 1977 portant organisation de la chefferie traditionnelle au Cameroun, « la destitution des chefs de 3^e degré est prononcée par le ministre de l'Administration territoriale, celle des chefs de 1^{er} et de 2^e degrés et prononcée par le Premier ministre ».

52 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 426.

53 C. NACH MBACK, « Chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *op. cit.*, p. 88.

54 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 426.

55 Circulaire du Gouverneur Général de l'Afrique Occidentale Française Van Vollenhoven du 15 août 1917, cité par B. SALIFOU, *Les chefs traditionnels et leur participation au pouvoir politique en Afrique : les cas du Burkina Faso et du Niger*, Thèse, Université de Reims-Champagne-Ardenne, 2007, p. 13.

56 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 428.

57 J. FERMOSE, « Les chefferies traditionnelles et l'impôt en droit camerounais », *La Revue Africaine de Finances Publiques (RAFIP)*, n° 12, 2022, p. 95-128, spécialement p. 106.

58 *Ibid.*

59 B. SALIFOU, *Les chefs traditionnels et leur participation au pouvoir politique en Afrique : les cas du Burkina Faso et du Niger*, *op. cit.*, p. 158.

60 M. J. MAHIER BAH, C. L. KOFFI EBEN-EZER et S. GADE, « La chefferie traditionnelle à l'épreuve des mutations et compétitions politiques en Côte d'Ivoire : cas de Kéibly dans la sous-préfecture de Bloléquin en pays Wè », *Autrepart*, 2028, n° 86, p. 125-138.

61 K. GNENEFOLLO et P. ADJE N'GORAN, « L'institutionnalisation de la corporation des autorités coutumières en Côte d'Ivoire : enjeux et perspectives », *International Journal of Financial Accountability, Economics, Management, and Auditing*, 2024, vol. 6, n° 2, p. 265-285.

62 *Ibid.*

63 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 426.

64 Article 30 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

65 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 235.

66 C. H. PERROT, « Les autorités traditionnelles et l'État moderne en Afrique subsaharienne au début du ^{xxi}e siècle », *Cedernos de Estados Africanos*, 2009, p. 15-33, spécialement p. 18.

67 J. NJOYA, « Autorités traditionnelles et pouvoir politique au Cameroun : Captation politico-juridique et mobilisation des ressources d'adaptation et de maintien », *op. cit.*, p. 420.

68 J. C. BARBIER, « Esquisse de la chefferie coutumière », *Journal of legal pluralism and unofficial law*, 1987, p. 327-339.

69 J. C. BARBIER, « Feinboy Nkette ou comment devient-on chef au Cameroun à l'époque coloniale », *Institut des sciences humaines*, 1983, p. 1-68, spécialement p. 3.

70 *Ibid.*

71 J. Fermose soutient qu'« en effet, le pouvoir fiscal va être désormais cédé à l'administration allemande au détriment des chefferies traditionnelles par une collaboration imposée entre ces deux autorités et le rôle de collecteur d'impôt reconnu aux chefs traditionnels » (J. FERMOSE, « Les chefferies traditionnelles et l'impôt en droit camerounais », *op. cit.*, p. 106).

72 Législation de travail de 1902 ; l'ordonnance du 1^{er} février 1905 imposant le Mark comme monnaie ayant cours légal sur le territoire Kamerun ; décret de 1908 fixant le taux d'imposition à 6 mark ; l'ordonnance du 26 juin 1913 augmentant le taux d'imposition à 10 mark.

73 J. C. BARBIER, « Feinboy Nkette ou comment devient-on chef au Cameroun à l'époque coloniale », *op. cit.*, p. 21.

74 Voir note 72.

75 J. FERMOSE, « Les chefferies traditionnelles et l'impôt en droit camerounais », *op. cit.*, p. 106.

76 Les défenseurs de la chefferie traditionnelle légitime restent très critiques contre cette légalisation comme on peut le constater dans ces lignes caricaturales de Paul Mô'ô Temoyim : « ainsi, de “chefs traditionnels ou chefs coutumiers”, nos monarques, dépositaires des traditions ancestrales, guides spirituels et religieux par excellence, se retrouvent confinés au rôle peu reluisant de “chefs administratifs”, astreints au port d'une tenue de commandement ridicule, inappropriée, rigoureusement boudée et rejetée par endroit, notamment dans le grand Nord, l'Ouest et ailleurs ! » (P. MÔ'Ô TEMOYIM, « Les chefferies traditionnelles à la croisée des chemins. Une contribution à l'œuvre de restauration, de renforcement et de consolidation du pouvoir et l'autorité des chefs traditionnels », *Bafou*, [En ligne] < <https://www.bafou.org> >, consulté le 18/08/2025).

77 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 426.

78 Pendant la colonisation, les chefs nationalistes et indépendants étaient soit supprimés – ce fut le cas de Rudolf Douala Manga Bell, pendu le 08 août 1914 ou de Martin Paul Samba fusillé le même jour à Ebolowa au Sud du Cameroun –, soit destitués et exilés, puis remplacés par les chefs administratifs – ce fut le cas d'Oumar Adjara, Sultan de Mora, remplacé en 1922 par Amada, son fils, lui-même destitué en 1924 pour « incapacité politique nuisible à notre action civilisatrice ». Ce fut le cas également du Sultan des Bamoun, le roi Njoya, exilé à Yaoundé en 1931, du chef Nono des Bangwa en 1930 et enfin des Lamibé de Maroua en 1959, de Ngaoundéré

en 1963 (P. MÔ'Ô TEMOYIM TSOMBENG, « Les chefferies traditionnelles à la croisée des chemins. Une contribution à l'œuvre de restauration, de renforcement et de consolidation du pouvoir et l'autorité des chefs traditionnels », *op. cit.*).

79 P. MÔ'Ô TEMOYIM TSOMBENG, « Les chefferies traditionnelles à la croisée des chemins. Une contribution à l'œuvre de restauration, de renforcement et de consolidation du pouvoir et l'autorité des chefs traditionnels », *op. cit.*

80 Selon R. KPWANG K., « pour devenir Mbombog, le prétendant devait être suivi depuis son enfance. Il fallait que sa filiation ait été normale, c'est-à-dire qu'il soit lui-même descendant d'un Mbombog. De même, il fallait également qu'il connaisse très bien sa propre généalogie. En outre, il devait connaître l'histoire de son clan ainsi que celle des clans voisins. Et avoir des connaissances dans le domaine médical » (R. KPWANG KPWANG, « Pouvoirs traditionnels et notion de "chefferies" au Cameroun : de la période pré coloniale à l'ère de la mondialisation (1850-2010) », in R. KPWANG KPWANG (dir.), *La chefferie traditionnelle dans les sociétés de la grande zone forestière du Sud-Cameroun (1850-2010)*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 43).

81 Le Mbog constitue un pouvoir de commandement suprême auquel on accède à la suite d'une longue initiation conduite par les Ba Mbombog (Assemblée des Mbombog).

82 M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai de fondement du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 23.

83 Y. YOUSOUFA, « Chefs traditionnels et autorités administratives au Cameroun : Duel ou duo ? », *Village de la justice*, 2025, p. 1-12, [En ligne] < <https://www.village-justice.com> >, consulté le 19/08/2025.

84 C. COQUERY-VIDROVITCH, « À propos des racines historiques du pouvoir : "chefferie" et "tribalisme" », *Pouvoirs*, 1983, n° 25, p. 51-62.

85 S. ABBA, « La chefferie traditionnelle en question », *Politique africaine*, 1990, p. 51-60, spécialement p. 53.

86 *Ibid.*

87 A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 434.

88 G. A. AZIZOU, « Le "Tazarcé" et la chefferie traditionnelle : la complicité invisible », *Centre Tricontinental CETRI*, 2009, [En ligne] < <https://www.cetri.be> >, consulté le 19/08/2025.

89 Article 6 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels en Côte d'Ivoire.

90 Article 7.

91 K. GNENEFOLLO et P. ADJE N'GORAN, « L'institutionnalisation de la corporation des autorités coutumières en Côte d'Ivoire : enjeux et perspectives », *op. cit.*, p. 278.

92 Article 9 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels en Côte d'Ivoire.

93 I. F. WOHI, S. KAPHALO SEGORBAH et J. KONE, « Chefferie traditionnelle en Côte d'Ivoire : quel bilan après l'institutionnalisation ? », *Afrobarometer*, 2021, p. 1-17, spécialement p. 9 et 11.

94 À l'issue des élections municipales de 2018, les résultats de Grand Bassam proclamaient le candidat du parti au pouvoir vainqueur par la Commission électorale. Ces résultats avaient fait l'objet de contestation entre militants du parti au pouvoir et ceux de l'opposition. Le roi N'Zima, pensant apaiser la situation, avait reconnu la victoire du candidat du parti au pouvoir, déclaré vainqueur par la Commission électorale. Cette intervention du roi occasionna une crise postélectorale locale qui avait nécessité l'intervention des forces de l'ordre et de sécurité ivoiriennes (I. F. WOHI, S. KAPHALO SEGORBAH et J. KONE, « Chefferie traditionnelle en Côte d'Ivoire : quel bilan après l'institutionnalisation ? », *op. cit.*, p. 9).

95 Soulignons qu'au Cameroun, la chefferie traditionnelle n'est pas astreinte à la neutralité. Au contraire, celle-ci fait l'objet d'une véritable instrumentalisation politique tant par les acteurs politiques que par les autorités coutumières elles-mêmes en quête de positionnement politique (C. NACH MBACK, « Chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *op. cit.*, p. 92 ; A. M. NGAH, « Chefferie traditionnelle et décentralisation au Cameroun : réflexion sur le rôle paradoxal d'une institution complexe », *op. cit.*, p. 434 sq. ; C. BIOS NELEM, « Le pouvoir traditionnel en contexte pluraliste au Cameroun : la déconstruction des liens familiaux entre "frères" Bamoun à partir des clivages politiques », *Sociologies*, 2018, [En ligne] < <https://doi.org/10.4000/sociologies.8023> >, consulté le 19/08/2015 ; S. C. AMOUGOU MVENG, *La chefferie traditionnelle Bene à l'ère de la libéralisation politique au Cameroun et de ses ressorts : le cas de l'arrondissement de Nkol-Metet*, Mémoire DEA, Université de Yaoundé II, 2009 ; S. C. AMOUGOU MVENG, *Les chefs traditionnels*

aux pouvoirs : *Socio-anthropologie politique de la trajectoire des autorités ancestrales dans l'espace public camerounais*, Yaoundé, Les Presses de Sens Politique, 2023 ; S. C. AMOUGOU MVENG, *La chefferie traditionnelle au Cameroun au cœur du jeu et de l'échange politique : Essai d'analyse à partir de ses monnayages et de ses usages à l'ère de la libéralisation politique*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2019).

96 C. NACH MBACK, « Chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *op. cit.*, p. 81.

97 I. MOUICHE, « Décentralisation et territorialité urbaine, chefferies traditionnelles et questions identitaires en pays bamiléké au Cameroun », *Autrepart*, 2013/1, n° 64, p. 37-54, spécialement p. 39.

98 I. MOUICHE, « Chefferies traditionnelles, autochtonie et construction d'une sphère publique locale au Cameroun », *L'anthropologue africain*, vol. 15, n° 1 et 2, 2008, p. 61-100, spécialement p. 92.

99 Les dispositions prévues dans les constitutions ivoiriennes et nigériennes sont les suivantes : « Conscient de sa diversité ethnique, culturelle et religieuse [...] Convaincu que l'union dans le respect de cette diversité assure le progrès économique et le bien-être social » (Côte d'Ivoire), « Soucieux de sauvegarder notre identité culturelle » (Niger).

100 R. NGANDO SANDJE, « Le peuple camerounais fier de sa diversité linguistique et culturelle, élément de sa personnalité nationale qu'elle contribue à enrichir... », in J.-L. ATANGANA AMOUGOU (dir.), *La constitution de la République du Cameroun. Commentaire article par article*, Paris, L'Harmattan, 2025, p. 19-27.

101 S. NÉNÉ BI BOTI, « Abroger, conserver ou trier. Le droit colonial tamisé en Afrique de l'Ouest postcoloniale », in S. SOLEIL et R. BAREAU (dir.), *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, PUR, 2022, p. 361 sq. ; É. GASPARI, « Quelques réflexions sur le sort du droit privé français dans l'Afrique subsaharienne francophone », in *ibid.*, p. 341 sq.

102 A. F. ONDOUA, « Le citoyen dans la décentralisation territoriale au Cameroun », *Vénégre : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, avril 2025, p. 1-27, spécialement p. 5.

103 M. MOBIALA, « L'héritage du droit africain authentique à l'Afrique », *Revue Internationale de droit comparé*, 2022, n° 174, p. 241-266 ; P. E. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire : les enseignements de l'expérience camerounaise », *Cahiers de la recherche*

sur les droits fondamentaux, 2009, p. 153-163, [En ligne] < <http://journals.openedition.org> >, consulté le 20/10/2025 ; Y. G. OYONO, *Le pluralisme juridique au Cameroun de l'administration franco-britannique sous le régime colonial à la mouvance constitutionnelle du 18 janvier 1990 dans l'État indépendant : Essai sur le « vivre ensemble juridique » en Afrique noire*, op. cit.

104 R. NGANDO SANDJE, *État et nations dans le constitutionnalisme africain*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 17 juin 2013, spécialement p. 335.

105 *Ibid.*

106 P.-E. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire : les enseignements de l'expérience camerounaise », op. cit., p. 154.

107 S'agissant des rapports verticaux, c'est-à-dire entre droits coutumiers et droit positif (ou droit moderne), la solution appliquée dans un pays de pluralisme juridique assumé comme le Cameroun est celle de l'application de la coutume en cas d'acceptation *in limine litis* du droit coutumier par les deux parties à un procès (conf. art. 2 du décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation judiciaire et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental), mais en cas de contradiction entre le droit coutumier et le droit positif, le premier s'efface au profit du second.

108 C'est le cas de la Guinée par l'ordonnance n° 45 PRG du 20 novembre 1960.

109 Ces attributions, consignées dans l'article 9, sont, entre autres, « de dresser le répertoire des us et coutumes » ; « de contribuer à régler les litiges relatifs à la désignation des autorités traditionnelles conformément aux us et coutumes ». Quel peut bien être l'utilité de dresser un répertoire des us et coutumes si ce n'est pour les protéger et les vulgariser en vue d'une éventuelle application, à côté du droit moderne ? S'agissant de la contribution au règlement des litiges relatifs à la désignation des autorités traditionnelles, en quoi cette contribution peut-elle bien consister si ce n'est arbitrer coutumièrement, selon les us et coutumes ? Et si l'on admet ce pouvoir d'arbitrage, peut-on arbitrer hors de la justice ? Mieux, qu'est-ce qu'un arbitre coutumier ? N'est-ce pas un retour aux tribunaux coutumiers ?

110 M. KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », in J. DU BOIS DE GAUDUSSON et G. CONAC (dir.), *La Justice en Afrique, Afrique contemporaine*,

n° 156, 1990, p. 57.

111 Cous Suprême du Cameroun (CS), arrêt du 23 avril 1965.

112 P.-E. KENFACK, « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire : les enseignements de l'expérience camerounaise », *op. cit.*, p. 156.

113 Par analogie à l'expression latine *contra legem* qui signifie littéralement contraire à la loi ; *contra democratia* renvoie donc à ce qui est contraire à la démocratie ou aux principes démocratiques.

114 A. DOUNIAN, « L'identité du chef traditionnel dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Étude à partir de quelques États d'Afrique », *op. cit.*, p. 240.

115 P. MO'O TEMOYIM TSOMBENG, « Les chefferies traditionnelles à la croisée des chemins. Une contribution à l'œuvre de restauration, de renforcement et de consolidation du pouvoir et l'autorité des chefs traditionnels », *op. cit.*

116 R. TSANA, « Gouvernance au sein des chefferies traditionnelles : entre démocratie et autoritarisme chez les Bamilékés au Cameroun », 86^e Congrès de l'Acfas, Développement et fonctionnement des personnes et des communautés et vie sociale, 2018, [En ligne] < <https://acfas.ca> >, consulté le 22/08/2025.

117 *Ibid.*

118 G. ETOA OYONO, « Splendeurs et problèmes des chefs traditionnels des territoires du centre-sud au lendemain de la Grande Guerre », *op. cit.*

119 Voir < <https://fr.allafrica.com/stories/200708061550.html>; <https://histoire-de-lesclavage-dans-le-lamidat-de-rey-bouba/> >, consulté le 27/11/2025.

120 R. ARIMMIRAYE NYELADE et D. ZHANG, « Du lamidalisme à la lamidalité du pouvoir au Nord-Cameroun », *Sage Journals/Social Science Information*, 2023, n° 62, p. 74-105.

121 Amnesty International, « Mépris flagrant des droits de l'homme », *Amnesty International*, 1997.

122 R. ARIMMIRAYE NYELADE et D. ZHANG, « Du lamidalisme à la lamidalité du pouvoir au Nord-Cameroun », *op. cit.*

123 A. ZELAO, « Pratiques esclavagistes, relations interethniques asymétriques et réinvention identitaire en territoire montagnard au Nord-

Cameroun », *Revue interdisciplinaire de la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Dschang*, 2018, p. 42-61, spécialement p. 60.

124 C. H. PERROT, « Les autorités traditionnelles et l'État moderne en Afrique subsaharienne au début du ^{XXI}^e siècle », *op. cit.*, selon l'autrice, les relations des autorités traditionnelles avec l'État moderne « sont à présent marquées par un jeu subtil d'initiatives réciproques, chacun des deux partenaires cherchant le moyen d'accéder au terrain occupé par l'autre », p. 20.

125 C. SALCEDO, « Le statut constitutionnel des chefs traditionnels en Afrique du Sud », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, n° 98, p. 445 à 466, précisément 446.

RÉSUMÉS

Français

Les chefferies traditionnelles sont des institutions sociales unies par l'histoire, la langue et les liens du sang, régies par les traditions, soumises à des rois ou des chefs dont la légitimité s'appuie sur des valeurs antérieures à l'apparition de l'État moderne. En Afrique subsaharienne, ces chefferies ont survécu à la période coloniale et au moment des indépendances. Désormais, elles s'inscrivent dans le paysage institutionnel et juridique. La comparaison des situations au Cameroun, en Côte d'Ivoire et au Niger, permet de mesurer, d'un côté, la façon dont le droit public a constitutionnalisé et auxiliairisé les chefferies, afin de les absorber et de les utiliser, de l'autre, la façon dont les chefferies ont su résister afin de conserver leur singularité sociale et politique, leur droit traditionnel et leur façon de fonctionner, au détriment parfois de l'État de droit.

English

Traditional chiefdoms are social institutions united by history, language and blood ties, governed by traditions and subject to kings or chiefs whose legitimacy is based on values that predate the emergence of the modern state. In Sub-Saharan Africa, these chiefdoms survived the colonial period and the advent of independence. They are now part of the institutional and legal landscape. A comparison of the situations in Cameroon, Côte d'Ivoire and Niger allows us to measure, on the one hand, how public law has constitutionalised and auxiliaryised chiefdoms in order to absorb and utilise them, and on the other hand, how chiefdoms have resisted in order to preserve their social and political uniqueness, their traditional law and their way of functioning, sometimes to the detriment of the rule of law.

INDEX

Mots-clés

chefferie traditionnelle, droit public, droit coutumier, constitutionnalisation, pluralisme juridique

Keywords

traditional chiefdom, public law, customary law, constitutionalisation, legal pluralism

AUTEUR

Achille Magloire Ngah

Achille Magloire Ngah est docteur en droit public, enseignant, chargé de cours à l'Université de Yaoundé II, département de droit public comparé et chercheur au Centre d'Étude en Droit International Public et Communautaire (CEDIC). Ses travaux portent sur les rapports de systèmes juridiques, notamment les relations droit interne/droits externes. Sa thèse a pour titre *L'ordre juridique communautaire et les constitutions des États membres de la CEMAC et de la CEDEAO*. Il s'intéresse aussi au droit constitutionnel et au droit administratif de la décentralisation, notamment la façon dont les États africains absorbent les royautés et chefferies traditionnelles.

IDREF : <https://www.idref.fr/292582471>

Traduction

Traduction du terme espagnol *fomento*

Denis Jouve

DOI : 10.35562/droit-public-compare.786

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

- 1 La littérature comparatiste et la linguistique sont riches de controverses et de positionnements opposés sur la traductibilité du droit. Si pour la linguistique structurale, la sémiotique ou la linguistique contrastive, la traduction est impossible entre deux langues¹, « le juriste n'est généralement pas disposé à admettre l'intraductibilité du droit² ». Les comparatistes considèrent, en général, que le droit est traduisible³. Tout l'intérêt de cette rubrique repose d'ailleurs sur l'idée qu'il l'est ou, à tout le moins, qu'il est possible de fournir un concept équivalent dans la langue d'accueil.
- 2 Si les mots des droits français et espagnol correspondent très souvent conceptuellement et morphologiquement du fait d'inspirations réciproques⁴, quelques-uns demeurent rebelles à une traduction littérale. Le plus célèbre d'entre eux est sans doute l'*amparo*, qui n'a pas d'équivalent dans la langue française et qui a intéressé les spécialistes de contentieux constitutionnel et de droit des libertés fondamentales⁵. S'il n'a pas autant attiré la curiosité des juristes français, le terme de *fomento* possède un sens et un statut en droit administratif espagnol qu'il n'est pas aisé de traduire. S'il semble inhérent au système juridique espagnol, ce n'est pas le cas de la réalité juridique qu'il nomme. En effet, la traduction nous paraît possible dans la mesure où le concept derrière le mot n'est pas du tout étranger au droit français⁶.
- 3 Étymologiquement, *fomento* provient du latin *fomentum* qui signifie alimenter, entretenir le feu ou encore pansement. Le dictionnaire de l'Académie royale espagnole lui attribue cinq définitions : dans la première, le *fomento* est la matière qui nourrit quelque chose ; dans la deuxième, il est un secours ou une protection ; dans la quatrième, il

est un médicament liquide à appliquer sur des compresses ; dans la cinquième définition, il apparaît comme une protection, un abri donné à quelque chose. Seul le troisième sens intéresse le droit puisqu'il s'agit de « l'action de l'administration consistant à encourager, au moyen d'incitations économiques ou fiscales, les particuliers à réaliser par eux-mêmes des activités considérées d'intérêt général ». Dans le dictionnaire juridique franco-espagnol d'Olivier Merlin Walch⁷, le terme *fomento* est défini comme « l'action tendant à stimuler, inciter, persuader, promouvoir, aider ». Ainsi selon le contexte, il peut signifier développement, incitation, encouragement ou soutien.

- 4 Le vocable *fomento* est couramment utilisé dans des textes de droit positif dans le contexte de la mise en place de politiques publiques. Il est présent à plusieurs reprises dans la Constitution dans les dispositions relatives à la répartition des compétences entre les communautés autonomes et l'État où il peut être traduit par « développement⁸ » qu'il s'agisse du développement de l'activité économique⁹, du développement de la culture¹⁰ ou du développement et de la coordination générale de la recherche scientifique et technique¹¹. Une vingtaine de lois étatiques en vigueur comporte le terme de *fomento* : loi 22/1992 du 30 juillet 1992, de *medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo*¹² ; loi 27/2005 du 30 novembre 2005, de *fomento de la educación y la cultura de la paz*¹³ ; loi 5/2015 du 27 avril 2015, de *fomento de la financiación empresarial*¹⁴ ; loi 28/2022 du 21 décembre 2022, de *fomento de la ecosistema de las empresas emergentes*¹⁵... Dans ces lois, les traductions par « promotion » ou par « soutien » semblent les plus fidèles à la langue d'origine. Par ailleurs, l'Espagne a régulièrement connu dans son histoire un ministère dédié au *fomento* chargé du développement des infrastructures de transport, postales et de l'urbanisme. Dans ce contexte, il équivaut à un grand ministère de l'équipement ou des infrastructures. Dans l'actuel gouvernement, le ministère du *fomento* a été remplacé par le ministère des transports et de la mobilité durable. La traduction proposée par le dictionnaire juridique franco-espagnol correspond à ce contexte d'utilisation.

- 5 À côté de ce sens commun, relatif aux politiques publiques, *fomento* est aussi un terme portant une charge conceptuelle majeure en droit

administratif puisque l'activité de *fomento* est considérée comme l'une des fonctions de l'administration espagnole. Cette dimension a été identifiée par L. Jordana de Pozas qui, en 1949, a conçu une classification tripartite des activités de l'administration dans un article retentissant¹⁶. Selon lui, à côté des missions de police et de service public, l'administration assure aussi une activité de *fomento*. Il la définit comme « l'action de l'Administration chargée de protéger ou promouvoir les activités, établissements ou richesses développées par des particuliers et qui satisfont des nécessités publiques ou qui sont d'intérêt général, sans utiliser la contrainte ni créer de services publics¹⁷ ». En bref, il s'agit de la stimulation de l'initiative privée pour qu'elle agisse dans un sens déterminé¹⁸. Cette définition a été reprise par la jurisprudence puisque le Tribunal suprême identifie le *fomento* comme « une des activités de l'administration [...] au moyen de laquelle elle étend ses objectifs mettant en pratique des techniques destinées à ce qu'ils soient accomplis, sans la nécessité d'assumer directement la gestion des moyens dirigés à les atteindre, ni le montage de service public ; activité dans laquelle le dirigisme et l'interventionnisme sont remplacés par d'autres mesures tendant à ce que ce soit les administrés qui collaborent librement à l'accomplissement de fins considérés souhaitables¹⁹ ».

- 6 Dans la théorie de L. Jordana de Pozas, la fonction de *fomento* est une voie médiane entre intervention et prohibition permettant d'influencer la conduite d'un particulier pour qu'il contribue à l'intérêt général, sans créer un service public²⁰. Elle implique des mesures positives d'octroi d'avantages et des mesures négatives afin d'imposer des obstacles et des charges aux activités contraires à l'intérêt général. Dans ce contexte, le terme pourrait être traduit par « développement », « incitation » ou « soutien économique aux initiatives privées ». Partant, L. Jordana de Pozas avait vu juste, au moins pour ce qui concerne la France, en avançant que « dans aucun pays, une telle action n'est comprise en un seul mot²¹ ». Les ouvrages de droit administratif abordent les techniques de *fomento* au premier rang desquelles on trouve les aides publiques économiques²². La subvention est considérée naturellement comme la principale technique de *fomento*. À cet égard, la loi générale portant sur les subventions²³ affirme, dans l'exposé des motifs, que « du point de vue administratif, les subventions sont une technique de *fomento*²⁴

de certains comportements considérés comme d'intérêt général ». Le terme *fomento* semble ici utilisé dans le sens commun de développement, soutien ou incitation.

- 7 Bien que la conceptualisation de L. Jordana de Pozas n'ait pas entraîné l'adhésion de toute la doctrine, au motif que la notion de *fomento* manque de précision juridique et de sens²⁵, voire est dépassée²⁶, sa théorie est devenue incontournable et demeure citée systématiquement dans les travaux portant sur les fonctions de l'administration et sur les aides publiques. Cependant, pour nombre d'auteurs, l'activité de *fomento* a muté. Dès les années 1960, M. Baena del Alcázar distingue le *fomento* comme la finalité de l'action administrative destinée à améliorer le cadre de vie du concept de L. Jordana de Pozas qui se rapporte à une forme de l'activité administrative²⁷. Cela lui permet de constater que le *fomento* est devenu un outil d'interventionnisme économique²⁸. Dans son acception plus moderne, l'activité de *fomento* recouvre essentiellement l'octroi d'aides et de subventions à des entreprises, associations ou particuliers²⁹. Il ne s'agit plus, comme dans le sens traditionnel libéral issu du XIX^e siècle, de stimuler l'activité privée mais d'accorder des aides publiques pour développer des objectifs d'intérêt général dans le contexte de l'État social³⁰. L'évolution du sens et du contenu de l'activité de *fomento* reflète donc un changement du rôle de l'État dans l'économie³¹. La transformation de l'activité de *fomento* accompagne celle de la subvention dont les finalités se sont élargies au XX^e siècle. L'objectif n'est plus tant l'incitation et la stimulation d'activités privées que le financement de ces activités, dans une logique compensatoire, lorsqu'elles ne peuvent survivre sans soutien public³². Si l'activité de *fomento* s'apparente à celle d'aides économiques³³, elle ne peut se traduire par cette dernière, dans la mesure où il est fréquemment rappelé que les aides économiques en sont l'une des principales formes. Même si le sens contemporain pousse à cette assimilation, il convient, pour conserver la force du concept, de le traduire par « développement économique » ou « intervention économique », ceux-ci étant assurés à titre principal par des aides économiques.

- 8 En conclusion, dans le contexte juridique, la traduction du terme de *fomento* ne peut être réduite à un seul mot de la langue de Molière. Lorsque le vocable *fomento* est utilisé dans le cadre d'une politique

publique, il correspond à « développement », « incitation » ou « soutien ». Lorsqu'il renvoie à une fonction ou une activité de l'administration, la traduction par « développement économique » ou « intervention économique », selon la situation, semble la plus fidèle. L'existence d'une telle fonction de l'administration en Espagne aux côtés de la police administrative et des services publics est particulièrement intéressante et stimulante au regard du droit administratif français dans lequel la présentation binaire des pouvoirs³⁴ de l'administration est rarement remise en cause. Les quelques tentatives d'ajouter l'« aide de l'administration aux activités d'intérêt général³⁵ » ou, plus récemment, l'intervention économique et la régulation³⁶ sont restées sans lendemain.

NOTES

- 1 S. MONJEAN-DECAUDIN, « Peut-on traduire le droit ? Approche juritraductologique », in R. BAUMERT et A. GESLIN *et al.*, *Langues et langages juridiques. Traduction et traductologie, didactique et pédagogie*, Institut francophonie pour la justice et la démocratie, 2021, p. 27.
- 2 S. GLANERT, *De la traductibilité en droit*, Paris, Dalloz, 2011, p. 262.
- 3 S. MONJEAN-DECAUDIN, art. cit., p. 34.
- 4 Pour ce qui concerne le droit administratif, voir A. NEYRAT, *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers. Le cas de la France et de l'Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2019, 678 p.
- 5 Voir notamment L. Maria DIEZ-PICAZO, « Le recours d'*amparo* en droit espagnol », *Constitutions*, 2011, p. 7 ; M. CARILLO, « La réforme de l'*amparo* en Espagne : un nouveau *certiorari* ? », *Constitutions*, 2014, p. 60 ; F. BARQUE, « La réforme du recours d'*amparo* en Espagne : évolution ou révolution ? Réflexions en guise de bilan », *RDLF* 2014, chron. n° 03.
- 6 « L'enjeu de la traduction juridique est ainsi de transcrire les réalités juridiques, inhérentes à un système juridique spécifique, dans des langues par lesquelles se pensent et se formulent des règles auxquelles ces réalités sont étrangères. » (M. BASSANO et W. MASTOR, « Ouverture », in M. BASSANO et W. MASTOR (dir.), *Justement traduire. Les enjeux de la traduction juridique (histoire du droit, droit comparé)*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2020, p. 6.)

- 7 O. MERLIN WALCH, *Dictionnaire juridique. Français-espagnol, Español-francés*, Paris, LGDJ, 2012, 6^e éd., p. 929-930.
- 8 C'est le choix de traduction effectué par l'équivalent du journal officiel espagnol : le *Boletín oficial del Estado*.
- 9 Constitution espagnole, art. 148 al. 13.
- 10 Constitution espagnole, art. 148 al. 17.
- 11 Constitution espagnole, art. 149 al. 15.
- 12 Loi de mesures urgentes relative au soutien à l'emploi et de protection contre le chômage.
- 13 Loi relative à la promotion de l'éducation et la culture de la paix.
- 14 Loi relative au soutien du financement des entreprises.
- 15 Loi relative au soutien de l'écosystème des entreprises émergentes.
- 16 L. JORDANA DE POZAS, « Ensayo sobre una teoría del fomento en derecho administrativo », *Revista de estudios políticos*, 1949, n^o 48, p. 41-54.
- 17 *Ibid.*, p. 46.
- 18 F. GARIDO FALLA, « El concepto de servicio público en derecho español », *Revista de administración pública* (ci-après RAP), 1994, n^o 135, p. 20.
- 19 Tribunal Supremo, 27 mai 1977, n^o 3229.
- 20 L. JORDANA DE POZAS, art. cit. p. 46.
- 21 *Ibid.*, p. 50.
- 22 S. MARTIN RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, partie 1, *La Ley*, 1988, p. 437 sq.
- 23 Loi générale portant sur les subventions, n^o 38/2003, 17 novembre 2003.
- 24 Le terme *fomento* n'est pas traduit dans cette citation afin de laisser à chaque lecteur le soin de se forger un avis sur la traduction du terme placé dans un contexte d'utilisation dans la langue d'origine.
- 25 M. BAENA DEL ALCÁZAR, « Sobre el concepto de fomento », RAP, 1967, p. 51 et p. 66.
- 26 G. FERNÁNDEZ FARRERES, « La actividad de fomento », in T. CANO CAMPOS (dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tome III, *La actividad de las administraciones públicas*, vol. II, *El contenido*, Madrid, Iustel, 2009, p. 147.

- 27 M. BAENA DEL ALCÁZAR, « Sobre el concepto de fomento », RAP, 1967, p. 54 sq.
- 28 *Ibid.*, p. 74 sq. Dans le même sens, voir S. MARTIN RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, op. cit., p. 444.
- 29 F. CASTILLO BLANCO, « La actividad de fomento: evolución histórica y tratamiento constitucional », in A. PALOMAR OLMEDA, M. GARCÉS SANAGUSTÍN (dir.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, 2018, p. 51.
- 30 Le préambule de la Constitution espagnole de 1978 établit que la nation espagnole proclame sa volonté de garantir la coexistence conformément à un ordre économique et social juste. Aux termes de l'article 1^{er}, l'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique.
- 31 F. CASTILLO BLANCO, art. cit., p. 69.
- 32 B. SESMA SÁNCHEZ, « El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción », in A. PALOMAR OLMEDA et M. GARCÉS SANAGUSTÍN (dir.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 310.
- 33 F. Toscano Gil précise que les différentes techniques de *fomento* intègrent bien le concept d'aide publique et que *fomento* et aides publiques sont très liées (F. TOSCANO GIL, « La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales », in E. GAMERO CASADO et L. ALARCÓN SOTOMAYOR (dir.), *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Madrid, INAP, 2023, p. 31).
- 34 C'est le terme utilisé par B. Plessix pour présenter ce que d'autres appellent fonctions ou missions : B. Plessix, *Droit administratif général*, LGDJ, 5^e éd., 2024, p. 807 sq.
- 35 J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960, 1^{re} éd., p. 413 sq.
- 36 S. NICINSKI, « Intervention économique et régulation », in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, tome 2, p. 114.

RÉSUMÉS

Français

Le terme *fomento* est difficile à traduire en français d'autant qu'il est utilisé, en droit, dans un double contexte : d'une part, en matière de politique publique, d'autre part en tant qu'activité ou mission de l'administration.

English

The notion of fomento is difficult to translate into French, as legal usage attributes to it a dual dimension: it refers, on the one hand, to the sphere of public policy and, on the other, to an activity or function inherent to administrative action.

INDEX

Mots-clés

fomento, développement économique, aides économiques, soutien, incitation

Keywords

fomento, economic development, economic support measures, incentive, stimulation

AUTEUR

Denis Jouve

Denis Jouve est Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne Ardenne

Varia

Le consensus dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique subsaharienne francophone

Jean Mermoz Bikoro

DOI : 10.35562/droit-public-compare.811

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. La promotion affichée du consensus
 - 1.1. La teneur de la promotion du consensus
 - 1.1.1. La promotion du consensus en matière constituante
 - 1.1.2. La promotion du consensus en matière non constituante
 - 1.2. La valeur de la promotion du consensus
 - 1.2.1. La légitimation de la Constitution
 - 1.2.2. La stabilisation des institutions
 2. L'altération révélée du consensus
 - 2.1. Les figures de l'altération
 - 2.1.1. L'altération du consensus par les gouvernants
 - 2.1.2. L'altération du consensus par les gouvernés
 - 2.2. L'incidence de l'altération
 - 2.2.1. La précarisation de la Constitution
 - 2.2.2. La crise de l'État
- Conclusion

TEXTE

- 1 Le droit constitutionnel contemporain est assurément assis sur une pléthore de valeurs¹ à l'instar du consensus². Formuler ce postulat revient à reconnaître que le phénomène juridique, en général, repose sur une philosophie de valeurs³ et prend en compte un certain nombre d'idéaux. Certes, le recours à cette expression peut laisser penser que l'ordre juridique cède au *jus naturalisme*⁴, ou encore que l'auteur minore le droit positif au bénéfice du droit naturel, mais il n'en est rien à la vérité. Le droit ne se résume pas à un système symbolique⁵. Les valeurs qu'il véhicule ont également une

force normative⁶ puisqu'elles sont consacrées par des règles de droit positif. Ainsi, en théorie générale, le droit défend trois valeurs essentielles à savoir, la sécurité juridique⁷, la liberté⁸ et la civilisation ou le progrès social⁹. Le droit constitutionnel contemporain apparaît donc comme un ordre ayant pour ambition de consacrer des valeurs¹⁰ au rang desquelles, il convient d'évoquer le consensus.

2 La notion de consensus n'est pas d'apparition récente dans la mesure où elle est perceptible aussi bien dans la Grèce antique¹¹ qu'à la période médiévale¹². En effet, d'un point de vue historique, c'est avec Cicéron qu'elle a fait irruption dans l'appréciation des rapports entre gouvernants et gouvernés dans la société¹³. On y faisait allusion pour évoquer à la fois l'accord et l'action concertée entre l'ensemble des membres du corps social. Seulement, si cette notion va résister au temps, elle va tarder à être intégrée dans les dictionnaires jusqu'au XIX^e siècle¹⁴. Ceci étant, dans les pratiques constitutionnelles, le consensus n'était ni ignoré ni banalisé. Tout au contraire, il était largement valorisé comme en témoigne, le compromis constitutionnel¹⁵ de 1875 en France.

3 Du latin *Concentio*¹⁶ et *Consentio*¹⁷, le consensus est en réalité une attitude psychologique de la collectivité consistant en un accord sur les valeurs, les réformes ou politiques à mettre en place¹⁸. Autrement dit, ce vocable fait référence à une disposition d'esprit qui se traduit par un accord entre plusieurs personnes en rapport avec une situation¹⁹. Il s'en suit que pour qu'il soit envisageable, il faut dans un premier temps, une manifestation de volonté qui se traduise par le refus d'un affrontement et dans un second temps, l'adhésion de l'ensemble des membres de la société ou tout au moins, du plus grand nombre, à la démarche ou au contenu d'une décision. Cette clarification conceptuelle autorise à considérer que le consensus s'accommode mal du diktat et des décisions unilatérales. Elle permet surtout d'établir le lien que ce dernier entretient avec la démocratie, étant entendu que le système démocratique rime avec la prise de décision issue de la confrontation des opinions émanant de la raison humaine²⁰.

4 Sans être éloigné de ces appréhensions propres au vocabulaire commun, le consensus a des sens plus spécifiques en droit. Ainsi, en droit international, cette notion renvoie à une méthode de prise de

décision qui se distingue du vote majoritaire et de la règle de l'unanimité²¹. Il désigne à la fois la procédure pour parvenir à un accord et le texte qui en résulte. Dans le cadre de cette pratique, l'objectif est d'élaborer un texte par la négociation et de l'adopter sans recourir à un vote formel²². Cette approche a émergé pour éviter les blocages liés au principe d'unanimité tout en contournant les dangers d'une majorité mécanique. En droit constitutionnel, le consensus est empreint de davantage de formalisme et pour bien le cerner, il est de bon ton d'en avoir une approche extensive. En cette matière, à la lumière des textes et de la jurisprudence, le consensus est un principe structurant de nombreux ordres constitutionnels²³ et il se caractérise juridiquement par la mise en branle d'une procédure participative dans la production des normes et la prise des décisions politiques majeures²⁴. Sa considération comme un compromis demeure²⁵ si bien que le consensus peut aussi être appréhendé comme le résultat de cette procédure. Le compromis acquis par consensus est marqué d'une certaine sacralité et il fait l'objet d'une protection par la juridiction constitutionnelle²⁶. Par ailleurs, maillant différents mécanismes de stabilisation des institutions, le consensus se pose comme une technique de résolution des conflits. Du reste, la recherche du consensus transparaît désormais comme une exigence fonctionnelle intégrée au sein des pouvoirs publics²⁷. Le consensus est dès lors de plus en plus valorisé et exalté en tant que source de légitimation du pouvoir politique²⁸ comme on peut le percevoir dans le nouveau constitutionnalisme africain.

- 5 La notion de nouveau constitutionnalisme peut être appréhendée suivant une double démarche. La première consiste à conceptualiser le constitutionnalisme dans une assertion globale. On peut le définir à la fois comme une idéologie qui promeut la limitation du pouvoir et la garantie des droits fondamentaux²⁹ ou comme le phénomène constitutionnel en mouvement dans une région spécifique³⁰. Le nouveau constitutionnalisme africain doit s'entendre par opposition à l'ancien constitutionnalisme. Ce dernier correspond à celui des trois premières décennies postindépendances caractérisées par la toute-puissance du président de la République³¹. C'est l'époque où l'exercice du pouvoir s'opérait en marge des règles constitutionnelles et où la Constitution était réduite à une portion congrue³². On

parlait à cette période du constitutionnalisme autoritaire³³. Les mouvements de démocratisation du début des années 1990 vont sonner le glas de ce cycle constitutionnel³⁴ et amorcer le nouveau constitutionnalisme caractérisé par l'orientation des Constitutions africaines vers les valeurs libérables de l'État de droit et de la démocratie³⁵. On fait ainsi allusion au nouveau constitutionnalisme pour marquer la fin du constitutionnalisme autoritaire et l'essor du constitutionnalisme libéral³⁶ en Afrique subsaharienne francophone.

- 6 En faisant un détour dans l'histoire constitutionnelle africaine, le constat qui se dégage est celui de la relégation du consensus durant les trois premières décennies postindépendances qui correspondent au constitutionnalisme autoritaire. En effet, dès l'adoption des premières Constitutions qui avaient pourtant, une forte coloration libérale³⁷, les détenteurs du pouvoir vont entreprendre de s'orienter vers les valeurs autoritaires sous l'influence du constitutionnalisme soviétique³⁸. Vont s'en suivre le déclassement du peuple à une place marginale³⁹, le renforcement du statut et des pouvoirs présidentiels ainsi que la précarisation des contrepouvoirs politique et juridictionnel⁴⁰. Lorsqu'on ajoute à cela, la négation des droits fondamentaux et du pluralisme politique⁴¹, il va sans dire que la vie politique était centrée autour de l'institution présidentielle⁴² qui, avec l'appui du parti unique, va monopoliser le pouvoir de décision et même la volonté constituante.
- 7 Dans un tel contexte, il était illusoire d'envisager une prise en compte du consensus dans l'organisation et le fonctionnement du pouvoir. L'activité constituante s'opérait sur la base des procédés autoritaires, tout reposait sur la volonté et le bon vouloir du chef de l'État. L'élection était réduite à une dimension folklorique et prenait la forme d'un scrutin de ratification du choix du parti unique⁴³. Vers la fin des années 1980 et le début des années 1990, cette relégation du consensus a été à l'origine des mouvements de démocratisation en ce sens que çà et là, on va assister à des revendications portant sur la démocratie et l'état de droit⁴⁴. C'est à ce moment que le compromis constitutionnel a resurgi avec l'organisation des Conférences nationales souveraines⁴⁵ et des forés de négociation en vue de l'adoption des textes constitutionnels reflétant les aspirations de

l'ensemble de la société. C'est sans doute ce qui sera à l'origine du renouveau constitutionnel africain ⁴⁶.

- 8 Seulement, après plus de trois décennies, il n'est pas mal venu de marquer un temps d'arrêt autour de ce consensus qui a prévalu au début des années 1990. Cette démarche est la conséquence de la dynamique constitutionnelle africaine qui oscille entre flux et reflux ⁴⁷, et qui est émaillée par une série de crises ⁴⁸. C'est dans cette perspective qu'il convient de se poser la question suivante : quelle est la place du consensus dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone ? Cette interrogation ne manque pas d'intérêt. Elle permet de cerner le degré d'appropriation du compromis constitutionnel dans le nouveau constitutionnalisme africain. Elle conduit surtout à placer le curseur sur l'un des fondements du désenchantement constitutionnel en Afrique à savoir, l'altération de la démarche consensuelle. En admettant bien qu'en ce contexte il y a une convergence des modèles constitutionnels ⁴⁹, pour une analyse serrée, l'accent va principalement, mais non exclusivement, être mis sur un échantillon représentatif de neuf (09) États ⁵⁰. Aussi, partant du décryptage des textes, de l'interprétation de la jurisprudence et de la pratique, il convient de souligner que la place du consensus est résiduelle. Elle oscille entre une promotion affichée (1) et une altération révélée (2).

1. La promotion affichée du consensus

- 9 L'analyse des textes et de la dynamique constitutionnelle africaine des trois dernières décennies est révélatrice d'une volonté de promotion ou de valorisation du consensus dans l'encadrement et le fonctionnement du pouvoir. L'analyse de la teneur de la promotion en question (1.1.) permettra d'en apprécier la valeur (1.2.).

1.1. La teneur de la promotion du consensus

- 10 Dans le nouveau constitutionnalisme africain, le consensus est promu dans un double sens. Dans un premier temps, il est priorisé en

matière constituante (1.1.1.), mais pas à titre exclusif puisque dans un second temps, il est également mobilisé et recherché en matière non constituante (1.1.2.).

1.1.1. La promotion du consensus en matière constituante

- 11 Ainsi que cela a été souligné, durant les trois premières décennies du constitutionnalisme africain, le consensus a constamment été minoré, voire, ignoré par les détenteurs du pouvoir politique. L'un des marqueurs de cette banalisation est sans aucun doute, l'écriture unilatérale des Constitutions, dans la mesure où l'activité constituante s'opérait essentiellement par des procédés autoritaires⁵¹. La rupture est néanmoins observée au début des années 1990 et celle-ci autorise à parler de la promotion du consensus dans la sécrétion des normes constitutionnelles. Il se dégage, en effet, le double constat de la prévalence de l'écriture multilatérale des Constitutions et de l'adoption consensuelle des lois de révisions constitutionnelles.
- 12 Relativement à la prévalence de l'écriture multilatérale des Constitutions, celle-ci se traduit par l'implication de toutes les forces vives de la Nation dans la rédaction du texte constitutionnel⁵². En effet, depuis le début des années 1990, ce qui prévaut, c'est l'option pour une démarche inclusive dans l'écriture et la solennité de la démarche. Il y a donc comme une volonté de faire primer la procédure participative d'élaboration des Constitutions dans les États sous étude.
- 13 Faire allusion à la procédure participative, c'est mettre en perspective le fait que les Constitutions ne sont pas octroyées⁵³, mais consenties⁵⁴. La procédure constituante est participative d'une part, du fait de l'association ou de l'implication de toutes les forces vives de la Nation et d'autre part, du fait du recours au peuple par le biais du référendum. Dans le premier cas, la production constitutionnelle met en avant, la concertation entre différentes composantes de la société. Depuis le début des années 1990, les Assemblées constituantes sont généralement des organes de nature inclusive⁵⁵ à l'instar de la Conférence nationale souveraine béninoise qui s'est posée comme une « Assemblée constituante

représentative des différents corps de la Nation ⁵⁶ ». On peut en dire autant des assemblées constituantes dans les États en crise comme en témoigne la Constitution de transition de la République démocratique du Congo qui dispose que « l'Assemblée nationale comprend 500 membres désignés par les composantes et entités au dialogue intercongolais dans les conditions fixées par l'annexe IB de l'Accord global et inclusif ⁵⁷ ». Est ainsi révolue l'époque où la volonté constituante était monopolisée par l'institution présidentielle. La nouvelle tendance du constitutionnalisme africain semble être celle de l'implication du plus grand nombre à la production constitutionnelle ⁵⁸.

- 14 L'autre élément qui traduit la dimension participative de la procédure est le recours au référendum pour l'adoption de nouvelles Constitutions. En effet, la plupart des Constitutions du début des années 1990 ont fait l'objet d'une adoption référendaire. Dans le même sens, les textes constitutionnels intérimaires prévoient le recours au référendum pour l'adoption des Constitutions post-transition. À titre illustratif, la Constitution de transition du Burundi prévoit expressément l'adoption référendaire de la Constitution ⁵⁹. La Constitution de transition de la République démocratique du Congo prévoit aussi le recours au référendum après l'adoption par l'Assemblée nationale du projet de Constitution ⁶⁰. Enfin, la Charte constitutionnelle de la République centrafricaine envisage aussi, la soumission du projet de Constitution au peuple par voie de référendum ⁶¹. Compte tenu du fait que le référendum est un « instrument de démocratie semi-directe par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimer, par une votation populaire ⁶² » et qu'il constitue le point de rencontre ⁶³ entre un organe représentatif et le peuple souverain, sa mobilisation témoigne du souci de rendre participative, la procédure constituante. Sur la durée, la tenue de ces différents référendums a été enregistrée et les lois fondamentales adoptées en ce sens par le peuple ⁶⁴.
- 15 Relativement à l'adoption consensuelle des lois de révision constitutionnelle, deux situations ou options sont envisageables à la lecture des Constitutions. La première a trait à l'adoption référendaire de la loi constitutionnelle. Une adoption qui est selon les États, tantôt obligatoire, tantôt facultative. Il faut dire que le recours au référendum en matière de révision constitutionnelle constitue la

forme la plus achevée de la solennité⁶⁵, car il implique la participation citoyenne à l'adoption du texte constitutionnel⁶⁶. C'est la raison pour laquelle la doctrine constitutionnelle contemporaine range le référendum dans la catégorie des procédés démocratiques d'élaboration et de révision des textes constitutionnels⁶⁷. Par l'organisation du référendum, ce qui est recherché, c'est le consensus entre gouvernants et gouvernés autour de la révision ou de la redéfinition du contrat social.

- 16 La seconde option a trait à l'adoption camérale de la loi portant révision de la Constitution dans le cadre du congrès du parlement. Il s'agit de la conséquence de la consécration du bicamérisme. En effet, la participation de la seconde chambre parlementaire au processus constituant confère aussi une certaine solennité à l'adoption des projets ou propositions de révision constitutionnelle. À titre de rappel, la création des secondes chambres du parlement en Afrique noire francophone est le résultat de la vague de démocratisation des années 1990 qui a eu des incidences sur les différentes institutions politiques des États en question⁶⁸. Aussi, à l'exception du Bénin⁶⁹, et du Sénégal⁷⁰, on note une généralisation du bicamérisme en Afrique noire francophone. À l'analyse, l'allusion à la promotion du consensus n'est pas anodine dans le cadre de l'adoption camérale. En effet, le congrès caractérise le bicamérisme intangible⁷¹ en ceci que les deux assemblées parlementaires sont sur un strict pied d'égalité au moment de l'adoption définitive du projet de révision. L'organisation ou la mobilisation de cette instance requiert du temps tout comme le déroulement de son activité, car il repose sur la recherche du compromis par les deux Assemblées parlementaires. La recherche dudit compromis est d'ailleurs considérée à la fois comme une contrainte et un effet du bicamérisme absolu⁷². On peut donc le voir, au regard des processus constitutants et des Constitutions qui en découlent que le nouveau constitutionnalisme africain marque une rupture avec l'ancien du fait de la priorisation du consensus dans la sécrétion des normes constitutionnelles. Cette démarche est aussi perceptible en matière non constituante.

1.1.2. La promotion du consensus en matière non constituante

- 17 Loin de l'époque où dans la vie politique, tout était décidé par le seul président de la République⁷³, le consensus est désormais promu dans le fonctionnement du pouvoir. Les textes constitutionnels et leurs normes dérivées aménagent de nombreux cadres de négociation entre pouvoirs constitués⁷⁴. Dans la pratique, notamment dans les États en crise, la reconstruction et la pacification de l'institution étatique sont généralement marquées par la priorisation de la démarche consensuelle. Il sied dès lors d'analyser la promotion du consensus dans la résolution des crises en question et en dehors de leur résolution.
- 18 En matière de résolution des crises, c'est la figure des forums de négociation qu'il convient de mettre en perspective. Il s'agit en réalité des « différents dialogues organisés pour préparer la tenue des négociations politiques pour aboutir éventuellement à l'adoption des Accords politiques, afin d'engager le processus constituant⁷⁵ ». En droit constitutionnel africain, le forum est un instrument déterminant dans le dénouement du conflit en ce sens qu'il constitue le cadre d'échange au sein duquel l'on trace les grandes lignes de la résolution de la crise. Il est d'ailleurs constamment mobilisé par les États sous étude à l'instar du Dialogue national qui s'est tenu au Congo-Brazzaville du 17 mars au 14 avril 2001 soit, vingt-sept jours, avec une participation de 1 599 acteurs. L'on note aussi la création d'institutions dont la mission est de promouvoir le consensus à l'instar du Conseil National du Dialogue en République du Congo qui est présenté par le texte constitutionnel comme « un organe de concertation, d'apaisement et de recherche du consensus entre les forces vives de la nation, sur les grands problèmes politiques d'intérêt national⁷⁶ ». Dans le contexte camerounais, le Grand Dialogue national au Cameroun, tenu du 30 septembre au 4 octobre 2019, visait à trouver des solutions à la « crise anglophone » dont l'élément sociologique est la divergence des identités et des revendications au sein de la communauté dite « anglophone⁷⁷ ».
- 19 L'analyse des Constitutions intérimaires et des Constitutions issues des processus de sortie de crise montre bien que les accords

politiques, adoptés de manière consensuelle, tracent les grandes lignes de la nouvelle ère politique et constitutionnelle. L'article 1 de la Constitution de transition de la République démocratique du Congo dispose en effet que « La Constitution de la transition de la République démocratique du Congo est élaborée sur la base de l'Accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo ». Dans la même logique, la Constitution burundaise de 2005 s'inspirant de l'Accord d'Arusha va poser les bases de la démocratie consociative⁷⁸. Ce qui est frappant au sujet des fora de négociation, c'est la priorisation du consensus qui symbolise la modernisation de la palabre africaine.

- 20 Il est important de souligner qu'en Afrique, la palabre est une « véritable institution politique⁷⁹ » qui a une certaine antériorité historique puisqu'elle existe depuis l'époque précoloniale. D'un point de vue historique, il n'est pas excessif d'affirmer qu'elle constitue la première forme de gouvernance apparue au sein de l'humanité⁸⁰. Elle correspond à un mode ancestral de résolution des litiges et d'expression des différents membres de la société sur la politique à mener et sur l'avenir⁸¹. Conçue en Afrique, la Grèce antique va réceptionner ce savoir de l'Égypte pharaonique et le mettre en pratique sous l'appellation d'« Agora⁸² ». Cependant, la palabre va connaître un certain affaiblissement au contact de l'occident durant l'époque coloniale avec la mise sur pied d'un système judiciaire et l'érection du droit écrit⁸³. Une situation qui a été prolongée lors de l'accession des États africains à l'indépendance puisque ceux-ci vont s'inspirer du droit occidental et mettre sur pied, un ensemble d'institutions calquées sur le modèle de l'ancien colonisateur. Elle a été minorée dans la gouvernance des États africains postindépendance avant de connaître une résurrection au début des années 1990 avec la convocation des Conférences nationales comme technique de résolution des conflits par le dialogue et le pardon⁸⁴. Depuis plus de deux décennies, c'est la technique de la palabre qui est mobilisée dans la résolution des conflits internes sous diverses appellations, mais avec comme point commun, la réunion des forces vives de la Nation⁸⁵ autour d'une table pour parvenir à la paix. L'un des atouts de cette technique de résolution des crises est la priorisation du consensus au détriment des décisions unilatérales ou arbitraires.

- 21 En dehors de la résolution des conflits, le consensus est aussi promu dans le fonctionnement interne des pouvoirs constitués. Au sein du pouvoir exécutif, par-delà la prépondérance du président de la République, il existe une instance collégiale au sein de laquelle des décisions sont prises suivant une démarche qui valorise le compromis. Le Conseil des ministres, puisqu'il s'agit de lui, constitue une sorte de « rassemblement périodique et fréquent, autour du président, du Premier ministre, des ministres et de tout ou partie des secrétaires d'État ⁸⁶ » et surtout comme un « lieu d'impulsion et de conclusion du travail gouvernemental sous la direction du chef de l'État ⁸⁷ ». En tant qu'instance collégiale, tous les membres du gouvernement sont appelés à s'exprimer et la prise des décisions se caractérise par la recherche du compromis ⁸⁸ avec une primauté de l'opinion présidentielle. Les lois fondamentales africaines n'ignorent pas l'institution du Conseil des ministres, non seulement, elles traitent de sa présidence, mais elles déterminent aussi son objet. Si certaines lois fondamentales sont muettes au sujet de son objet, d'autres sont assez expressives à l'instar de la Constitution congolaise qui dispose à son article 81 que « le Conseil des ministres délibère sur : les projets de lois ; les projets d'ordonnance ; les projets de décrets ».
- 22 Dans le fonctionnement du parlement, la prise en compte du consensus est davantage perceptible dans la procédure législative notamment, dans l'hypothèse du désaccord entre les deux chambres. Le point commun entre les lois fondamentales africaines est qu'elles ne se sont pas contentées de consacrer le bicamérisme. Elles ont également envisagé un mécanisme qui permet aux deux chambres de parvenir au consensus en cas de désaccord, la commission mixte paritaire en l'occurrence ⁸⁹. Il s'agit d'une solution envisagée par les constituants pour permettre aux deux Assemblées de se réunir afin d'adopter une mouture consensuelle du texte législatif en préparation. Plate-forme de conciliation des intransigeances des deux chambres parlementaires, cette instance est chargée de proposer un texte commun sur les dispositions objet de désaccord c'est-à-dire celles qui n'ont pas été adoptées dans les mêmes termes par l'une et l'autre chambre. S'il est vrai qu'en cas de persistance du conflit, l'une des chambres est appelée à se prononcer en dernier ressort ⁹⁰, il faut néanmoins reconnaître qu'il se dégage, une

volonté de valoriser ou de promouvoir le compromis dans le cadre de l'activité législative.

- 23 Enfin, le consensus n'est pas ignoré dans le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle. On peut le voir à l'analyse de la satisfaction des conditions de délibération. S'agissant de la délibération *stricto sensu*, il faut noter à la lecture des législations des États sous étude que tous les membres présents sont tenus de prendre part au vote, car, l'abstention n'est pas admise. Une fois la séance ouverte, les membres de la juridiction se penchent sur l'objet de la saisine soit pour rendre une décision, soit alors pour émettre un avis. Dans la plupart des cas, les décisions sont prises à la majorité simple des participants⁹¹. Mais, il n'est pas exclu qu'il y ait un partage de voix parmi les membres. Dans ce cas, la voix du président est prépondérante⁹². Comme le relève la doctrine, le fait que les décisions soient prises à l'issue d'un vote traduit une volonté de démocratiser la procédure en faisant prévaloir l'opinion de la majorité ce qui constitue un élément de priorisation du consensus⁹³. Il est vrai que les opinions dissidentes des juges⁹⁴ ne sont pas à exclure, mais ce qui est constant, c'est la priorisation du consensus y compris dans l'œuvre jurisprudentielle⁹⁵. Une priorisation dont la valeur est appréciable.

1.2. La valeur de la promotion du consensus

- 24 À l'analyse, la promotion du consensus dans le nouveau constitutionnalisme africain n'est pas anodine. On peut en effet considérer que celle-ci vise deux objectifs majeurs à savoir, la légitimation des Constitutions (1.2.1.) et la stabilisation des institutions (1.2.2.).

1.2.1. La légitimation de la Constitution

- 25 Dans le constitutionnalisme contemporain, « le règne de la Constitution est un aspect fondamental de la religion du droit⁹⁶ ». En effet, dans le jeu politique qui est teinté de désordres, chaos et élans passionnels, le texte constitutionnel introduit ordre et cohérence⁹⁷. Cependant, pour que ce dernier soit comme cette digue qui canalise

le flot de l'action⁹⁸, il est de bon aloi que ses destinataires s'y soumettent et qu'ils soient surtout légitimes⁹⁹. Il peut paraître surprenant d'évoquer la légitimité des textes constitutionnels dans une démarche qui se veut purement juridique. Il convient d'emblée de souligner que le droit et la légitimité ne peuvent s'opposer¹⁰⁰. En prenant appui sur la pensée de Hans Kelsen, il faut dire que la légitimité constitue une condition nécessaire de la validité du droit¹⁰¹. En tout état de cause, une règle est tenue pour juridiquement valide, dans l'hypothèse où elle est légitime. Il n'est donc pas juste de considérer que ce vocable devrait être rangé dans les marges de la sphère du droit. D'ailleurs, en matière constitutionnelle, une Constitution ne peut trouver sa validité dans une norme supérieure¹⁰². Sa validité est donc tributaire de sa légitimité et c'est la raison pour laquelle le nouveau constitutionnalisme africain priorise le consensus dans l'optique de favoriser respectivement, l'appropriation, l'acceptation et la protection de la loi fondamentale.

- 26 Pour ce qui est de l'appropriation du texte constitutionnel, il est important d'indiquer que celle-ci constitue une solution à la faible culture constitutionnelle ambiante sur le continent. Lorsqu'on procède au bilan du demi-siècle du constitutionnalisme en Afrique, le constat qui se dégage est celui de la faible appropriation, par les gouvernants et gouvernés, de la lettre et de l'esprit de la Constitution¹⁰³. C'est un truisme que de dire que très peu ont une idée des principes et valeurs consacrés par le texte constitutionnel. On peut même affirmer, sans extrapoler, que ceux-ci ont une connaissance approximative des valeurs constitutionnelles et des privilèges que leur confèrent les lois fondamentales¹⁰⁴. Durant les trois premières décennies du constitutionnalisme africain, le fait générateur de cette faible culture constitutionnelle était sans doute, la mise à l'écart du peuple dans l'activité constituante.
- 27 L'implication du plus grand nombre dans la production est favorable au renforcement de sa culture constitutionnelle dans la mesure où elle facilite la diffusion du contenu de la Constitution. La question de la diffusion connaît d'ailleurs un regain d'intérêt depuis le début des années 1990 dans les États sous étude. Certains textes constitutionnels n'hésitent pas à prescrire cette entreprise à l'État et aux autres personnes publiques. À titre illustratif, le texte

constitutionnel béninois du 11 décembre 1990 dispose que « l'État a le devoir d'assurer la diffusion et l'enseignement de la Constitution [...] »¹⁰⁵. La Constitution ivoirienne du 08 novembre 2016 quant à elle dispose que « l'État s'engage à respecter la Constitution, les Droits de l'Homme et les libertés publiques. Il veille à les faire connaître et à les diffuser au sein de la population »¹⁰⁶. La diffusion de la Constitution qui est prescrite par ces deux textes peut s'opérer de diverses manières, mais en amont, elle repose sur l'implication de l'ensemble de la société dans la procédure constituante. En effet, une forte implication induit le fait que le texte adopté ne peut être que le reflet de sa volonté et sera connu du plus grand nombre¹⁰⁷. Or, un texte qui a fait l'objet d'une écriture unilatérale est difficilement accessible au peuple puisque ce dernier n'en maîtrise ni les tenants ni les aboutissants¹⁰⁸.

- 28 Relativement à l'acceptation de la Constitution, celle-ci constitue également l'une des conséquences de la priorisation du consensus en matière constituante. L'analyse de la dynamique constitutionnelle africaine est révélatrice du fait que les Constitutions sont conflictogènes dès lors qu'elles ne reflètent pas les aspirations de l'ensemble de la société. Il ne faut pas perdre de vue le fait que les textes constitutionnels sont en théorie, des actes des gouvernés¹⁰⁹ et sont appelés à valoriser la figure du citoyen au détriment des représentants ou des gouvernants. C'est la raison pour laquelle qu'il s'agisse de l'élaboration d'une nouvelle Constitution ou de l'opération de révision, il est souhaitable que le peuple s'implique amplement dans la procédure.
- 29 À plusieurs égards, cette implication offre l'avantage de renforcer l'attachement du peuple à sa loi fondamentale que l'on désigne encore en théorie par l'amour de la Constitution¹¹⁰. L'acceptation du texte constitutionnel présente une importance capitale dans le constitutionnalisme contemporain. En effet, il est établi qu'une Constitution doit être légitime pour être normative¹¹¹. Il en est ainsi dans la mesure où les citoyens seront enclins à suivre une norme et à s'y référer, dès lors qu'il est établi que celle-ci convient et reflète leurs aspirations. *A contrario*, la crise de légitimité de la loi fondamentale se traduit par son rejet, sa négation par les citoyens. C'est à juste titre que la doctrine parvient à la conclusion selon laquelle « il faut que la Constitution soit elle-même acceptée et non

imposée et il faut que les instruments de dialogue qu'elle propose puissent être utilisés et développés¹¹² ».

- 30 Concernant la défense de la Constitution, elle est aussi tributaire de son degré de légitimité. C'est le lieu de rappeler que la sacralisation de la Constitution¹¹³ n'a de sens que si sa garantie est effective¹¹⁴. Elle se situe certes au sommet de la hiérarchie des normes et domine à ce titre les autres règles juridiques, mais sa prééminence hiérarchique ne se concrétise que lorsque les institutions chargées de la protéger jouent effectivement leur rôle¹¹⁵. Or, pour que ceux-ci s'impliquent amplement, il est primordial que le texte constitutionnel soit accepté de tous. Il est évident qu'un texte rejeté par une catégorie de gouvernants ou de gouvernés est voué à la vulnérabilité dans la mesure où sa défense sera de faible importance. En revanche, le fait que la loi fondamentale soit acceptée est susceptible de booster sa protection et de renforcer son autorité. C'est donc à juste titre que le consensus est priorisé dans le nouveau constitutionnalisme africain, ce d'autant plus qu'il constitue aussi un levier à la légitimation des institutions.

1.2.2. La stabilisation des institutions

- 31 L'un des marqueurs de la vie politique et institutionnelle en Afrique est sans doute celui de l'instabilité des institutions¹¹⁶, laquelle est la résultante des crises qui sévissent dans les États sous étude¹¹⁷. En règle générale, la « crise de l'État est une donnée structurelle en Afrique¹¹⁸ » dans la mesure où on note constamment un ébranlement de ce dernier et de ses institutions. Le professeur Babacar Gueye résume bien la situation en ces termes : « beaucoup de régimes politiques africains sont toujours en transition parce que l'ordre constitutionnel est régulièrement rompu [...] par des coups d'État récurrents¹¹⁹ ». Ceci amène à souligner qu'à l'instar des cycles constitutionnels antérieurs, le nouveau constitutionnalisme africain est tout aussi marqué par la violence. L'on dénombre à cet égard de nombreuses situations ayant entraîné la désinstitutionnalisation partielle ou totale des États¹²⁰.
- 32 À l'analyse, il est possible de classer les crises affectant les États africains en deux catégories. Il s'agit dans un premier temps, de celles relatives à un mode de gouvernement à savoir, l'autoritarisme¹²¹.

Celles-ci impliquent le passage d'un régime politique autoritaire à un régime politique libéral comme ce fut le cas au début des années 1990. Dans un second temps, il s'agit des crises qui résultent d'un changement anticonstitutionnel de gouvernement ou des conflits armés internes¹²². Une catégorie qui est très fréquente en Afrique, puisque depuis 1960, le continent africain a été secoué plus d'une centaine de fois par la prise du pouvoir par l'armée. Le point commun entre ces deux situations est qu'elles résultent en tout ou partie, de la crise de légitimité des institutions. C'est sans doute la raison pour laquelle depuis le début des années 1990, le consensus est promu dans le but de renforcer leur légitimité. Une option qui constitue à plusieurs égards, un gage de sacralisation et de stabilisation des organes constitutionnels.

- 33 Concernant la sacralisation des institutions constitutionnelles, celle-ci fait référence au respect et à l'acceptation de la classe dirigeante par les citoyens. Il s'agit de l'une des traductions de la légitimité des institutions, car ainsi que le souligne Georges Burdeau, « un peuple ne peut vivre [...] sous un pouvoir qu'il considère comme lui étant étranger¹²³ ». Lorsqu'on s'appuie sur les pratiques constitutionnelles africaines, le constat qui se dégage est que la rupture du consensus débouche souvent sur la contestation des pouvoirs constitués soit par les gouvernés¹²⁴ soit par les forces de défense et de sécurité¹²⁵. C'est ce qui entraîne généralement, la mise en place des gouvernements d'union nationale ou les changements anticonstitutionnels de gouvernement. De fait, force est bien de constater qu'en l'absence de consensus afférent à la désignation des gouvernants, les organes désignés vont souffrir d'une crise de légitimité. Cette dernière peut d'ailleurs être amplifiée lorsque la désignation desdits organes n'a pas été effectuée sous le prisme de la transparence et de la sincérité comme cela a pu être le cas en 2016 au Gabon¹²⁶. La crise de la légitimité considérée ici pourra alors se traduire par une contestation systématique de leur autorité et une difficile acceptation des mesures prises par ceux-ci. *A contrario*, la priorisation de la démarche consensuelle dans la dévolution et l'exercice du pouvoir rend crédibles, les gouvernants aux yeux des gouvernés. L'une des conséquences de cette crédibilité est sans doute, l'acceptation de l'autorité et la sacralisation des institutions constitutionnelles.

34 Pour ce qui est de la stabilisation des institutions, celle-ci a trait à la pérennité institutionnelle. Une pérennité qui est la conséquence de la légitimité des institutions. Il convient de souligner à la suite de Maurice Hauriou que « l'inscription d'un pouvoir politique dans la durée appelle une adaptation constante de ses principes justificatifs, quand bien même ils seraient posés par la Constitution ¹²⁷ ». Cela implique alors un dialogue quasi permanent entre gouvernants et gouvernés ¹²⁸. Cela induit surtout le fait que les décisions ne soient pas prises par une frange partie de la population, mais que toutes les forces vives de la Nation soient impliquées. C'est sans doute la raison pour laquelle de nos jours, le principe de participation prend une envergure particulière ¹²⁹. On peut évidemment établir un lien entre la légitimité et la stabilité institutionnelle. En effet, lorsqu'un pouvoir est légitime, la révocation est minorée tout comme la dévolution *contra constitutionem* du pouvoir. Les institutions fonctionnent suivant la temporalité fixée par la Constitution et l'horloge constitutionnelle est respectée. C'est sans doute la raison pour laquelle dans le constitutionnalisme occidental, la pérennité institutionnelle est une réalité ¹³⁰. *A contrario*, on peut attribuer l'instabilité institutionnelle ambiante en Afrique au défaut de légitimité des institutions. Une fois de plus, l'une des plus-values du consensus est de mettre en avant un pouvoir légitime ce qui offrirait l'avantage de la stabilisation des institutions. Malheureusement, à l'épreuve du temps, ce qui prévaut jusqu'ici, c'est l'altération du consensus.

2. L'altération révélée du consensus

35 L'idée d'altération fait allusion à la dévalorisation du consensus au fil du temps. L'analyse des trois dernières décennies du constitutionnalisme africain illustre un retour progressif à la démarche autoritaire dans le fonctionnement ou l'exercice du pouvoir. La détermination des figures de cette altération (2.1.) permet de mettre en perspective, son incidence (2.2.).

2.1. Les figures de l'altération

- 36 Partant de l'analyse des trois dernières décennies du constitutionnalisme africain, il convient de souligner que les figures de la dévalorisation du consensus sont variables en fonction de leurs auteurs. C'est ainsi que l'on peut distinguer à la fois, l'altération par les gouvernants (2.1.1.) et par les gouvernés (2.1.2.).

2.1.1. L'altération du consensus par les gouvernants

- 37 Il y a altération du consensus par les gouvernants dans l'hypothèse où ceux-ci remettent en question de manière unilatérale, les décisions qui ont été prises initialement à la suite d'un consensus. Cependant, il ne s'agit pas du sens exclusif qu'il convient de donner à l'idée d'altération. On peut également l'envisager lorsque les détenteurs du pouvoir s'emploient à prendre des mesures sans et contre la puissance souveraine¹³¹. Dans le premier cas, il y a violation du consensus et dans le second cas, il y a orchestration des dissensions par les gouvernants. Ces deux tendances sont perceptibles à l'analyse des trois dernières décennies du constitutionnalisme africain.
- 38 La violation du consensus se traduit par une gestion de la loi fondamentale qui est aux antipodes du consensus initial. Il convient de rappeler que la Constitution est un contrat¹³² et sa nature contractuelle entraîne une soumission de l'ensemble des membres du corps social à ses prescriptions. Aussi, remettre en question une solution constitutionnelle, ne pas s'y soumettre ou contourner une prescription constitutionnelle peut être analysé comme une violation des décisions consensuelles. Le constitutionnalisme africain est sans aucun doute celui où la mise en œuvre du texte constitutionnel soulève un fort sentiment de déception du fait de l'infidélité des détenteurs du pouvoir à la Constitution¹³³. À l'épreuve du temps, tantôt, celle-ci est dévoyée, tantôt elle est transgressée par ces derniers.
- 39 *Primo*, la violation du consensus se traduit par le dévoiement de la loi fondamentale par les gouvernants. Ceux-ci s'attellent certes à rendre effectives les prescriptions constitutionnelles, mais l'application qu'ils

en font n'a rien à voir avec l'esprit de la Constitution¹³⁴. L'une des traductions de cette façon de faire est sans aucun doute, la récurrence de l'instrumentalisation du texte constitutionnel. En matière d'application de la Constitution, il n'est pas excessif d'affirmer que le droit demeure saisi par la politique¹³⁵. Loin d'être un instrument de limitation du pouvoir, la Constitution est malheureusement transformée en un instrument au service des gouvernants¹³⁶ lesquels en font un usage qui minore le consensus du début des années 1990. L'ampleur des cas d'instrumentalisation de la Constitution est telle que l'on peut valablement formuler le postulat selon lequel « la Constitution détermine la position de ceux qui détiennent le pouvoir et de ceux qui ne sont là que pour le subir¹³⁷ ». Des cas d'application sélective sont identifiables¹³⁸ tout comme l'on note aussi une floraison des situations d'application frauduleuse de la Constitution¹³⁹.

40 *Secundo*, il se dégage une diversité des cas de contournement de la Constitution par les gouvernants. Il s'agit de ce que Maurice Hauriou appelle les faussement de la Constitution¹⁴⁰ et qui consistent à se détourner de la loi fondamentale pour faire prévaloir d'autres considérations. Si son délitement est à titre de droit comparé observable dans le contexte français¹⁴¹, c'est à l'épreuve du fait majoritaire que le texte constitutionnel est davantage contourné dans l'espace sous étude. En effet, dans le nouveau constitutionnalisme africain, le fait majoritaire présente l'inconvénient de provoquer la perte totale ou partielle de sa substance au texte constitutionnel¹⁴². Concrètement, il y a comme une déformation par la pratique qui se traduit par le fait que les règles et principes constitutionnels perdent leur sens originel et se trouvent dévoyés du but qu'il leur a initialement été assigné. Il se noue ainsi une connivence ou une complicité entre gouvernants qui a l'inconvénient d'amplifier la crise de la représentation et la rupture entre ceux-ci et les gouvernés. C'est d'ailleurs à l'épreuve du fait majoritaire que l'on note une forte orchestration des dissensions par les détenteurs du pouvoir.

41 L'orchestration des dissensions par les gouvernants se traduit quant à elle par la prise de décisions impopulaires et contre la volonté souveraine. La parfaite illustration de cette orchestration des dissensions est celle de l'inflation révisionniste ambiante dans les États sous étude¹⁴³. Pourtant, les nouvelles Constitutions africaines

sont le résultat d'un consensus¹⁴⁴ obtenu dans le cadre de l'organisation des Conférences nationales souveraines et des forés de négociation. Si les orientations prises ne sont pas figées, certaines étaient porteuses d'options fondamentales susceptibles d'être considérées comme supra constitutionnelles¹⁴⁵. À travers ce cadre de production s'illustre un procédé de création du droit constitutionnel par les citoyens¹⁴⁶. Cette participation populaire à l'activité constituante au début des années 1990 était à plusieurs égards logiques lorsque l'on part du postulat selon lequel c'est le peuple qui est souverain¹⁴⁷ et par ricochet, la source de tous les pouvoirs et du droit¹⁴⁸.

42 Seulement, en matière de révision, « il n'est pas certain que les pouvoirs publics ne parviendront pas à faire prévaloir leur volonté particulière sur celle de la puissance souveraine qui a préalablement déterminé leurs prérogatives¹⁴⁹ ». Il y a une tendance à la minoration de la volonté du peuple. En effet, le problème que pose l'inflation révisionniste est qu'il met à mal, le consensus obtenu en 1990 étant entendu que ces révisions sont tendanciellement effectuées par la voie parlementaire¹⁵⁰. Les Constitutions sont alors modifiées sans qu'il y ait une participation directe du peuple. Ça et là, on assiste à des révisions dont le seul but est de renforcer le statut et les pouvoirs présidentiels, et ce, malgré l'aversion du peuple¹⁵¹. Pour l'essentiel, ces révisions sont unilatérales parce qu'elles sont effectuées sans ou contre la puissance souveraine¹⁵². Elles sont aussi déconsolidantes parce qu'elles entraînent une sorte de régression du constitutionnalisme du fait de la suppression des options libérales initiales. Au fil du temps, les détenteurs du pouvoir profitent de leur position pour introduire dans les lois fondamentales, des éléments qui torpillent les avancées autrefois perceptibles dans le sens de la démocratie et de l'état de droit.

43 D'une manière constante, il est loisible de relever que l'unilatéralisme de la procédure qui est amplifié par la crise de la représentation¹⁵³. En optant pour le système de représentation semi-directe¹⁵⁴, les textes constitutionnels africains ont fait des Assemblées parlementaires, les délégataires du peuple. Mais, la faiblesse de la représentativité¹⁵⁵ suscite de vives critiques. L'opération de révision se présente davantage comme un pouvoir sans contre-pouvoir¹⁵⁶, car le retournement des rapports de force qui attribue

une large majorité aux partis présidentiels entraîne un effacement du parlement en matière constituante. Il s'en suit qu'autant les manifestations de rues sont inefficaces face aux velléités présidentielles de révision constitutionnelle, autant les représentants du peuple font allégeance à ce dernier, surtout avec le dénigrement de l'opposition¹⁵⁷. C'est ce qui explique le déclasserment du peuple en matière constituante et justifie la forte tendance à l'altération du consensus par les gouvernés.

2.1.2. L'altération du consensus par les gouvernés

- 44 Dans le nouveau constitutionnalisme africain, les gouvernés ne se soumettent pas toujours au respect des clauses contractuelles contenues dans le texte constitutionnel. Il arrive quelques fois que le comportement que ces derniers affichent connote une remise en cause du consensus. Cela se traduit à titre principal, par la remise en cause des solutions constitutionnelles qui, dans les États sous étude, prend des formes variées. Le curseur sera placé dans le cadre de la présente réflexion sur la contestation de la forme de l'État par ces derniers et sur l'insoumission de ceux-ci à la loi fondamentale.
- 45 Pour ce qui est de la remise en cause de la configuration de l'institution étatique, quasiment tous les États sont confrontés à des problèmes relatifs au sécessionnisme¹⁵⁸ et à l'irrégentisme¹⁵⁹ mettant ainsi en péril, l'assise territoriale¹⁶⁰. Ces actes constituent surtout une sorte de remise en cause de la forme d'État pourtant adoptée dans le cadre d'une démarche consensuelle.
- 46 Pourtant, on le sait, le droit constitutionnel contemporain accorde une place centrale à la forme de l'État. D'ailleurs, concernant sa dimension spatiale, il la protège de façon négative et de manière positive à travers la notion d'intégrité territoriale. Dans le premier cas, il est interdit de procéder à la révision de la Constitution lorsque cette opération porte atteinte à l'intégrité du territoire¹⁶¹ ou alors pendant qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire¹⁶². Cette approche peut être envisagée en dehors du dispositif de défense nationale puisqu'il s'agit en réalité des limites au pouvoir de révision¹⁶³. Dans le second cas, la garantie de l'intégrité du territoire mobilise fondamentalement les mesures de défense

nationale. À la lecture des Constitutions africaines, il en ressort d'ailleurs que l'atteinte à l'intégrité du territoire constitue l'un des objectifs de la défense nationale.

- 47 Ce qu'il convient surtout d'indiquer, c'est le fait que ce dispositif de protection de l'assise territoriale de l'État vise à rendre sa configuration quasi intangible¹⁶⁴. Cela se justifie par le fait que c'est de manière consensuelle que les gouvernants et les gouvernés ont opté pour une forme spécifique d'État. En tout état de cause, ce n'est que dans le cadre de la redéfinition du contrat social au moyen d'une opération constituante que cette forme peut être revue. Or, dans la pratique, ce qui est constant, c'est le fait qu'une partie du peuple prenne des armes et mène des activités militaires teintées de velléités sécessionnistes comme cela a été observable au Cameroun¹⁶⁵ et au Sénégal¹⁶⁶. Non seulement cette attitude plonge l'État dans une instabilité chronique, mais elle traduit également une contestation de la solution constitutionnelle par une partie des gouvernés.
- 48 Dans la même logique, il faut indiquer que les lois fondamentales qui symbolisent le renouveau constitutionnel ont consacré une pluralité d'obligations à l'endroit des gouvernants et des gouvernés¹⁶⁷. L'objectif d'une telle démarche était de faire des lois fondamentales, des règles de conduite pour l'ensemble de la société. Concernant les gouvernés, les obligations auxquelles ceux-ci sont assujettis sont plurielles. Sans être exhaustif, on peut évoquer l'obligation de respect des biens publics¹⁶⁸ ou encore de protection et de sauvegarde de l'environnement¹⁶⁹. À l'épreuve des faits, la plupart de ces prescriptions constitutionnelles est foulée aux pieds par leurs destinataires, les gouvernés en l'occurrence. Tout se passe parfois comme si le respect de la Constitution incombait uniquement aux gouvernants. Il n'est pas excessif de considérer cette attitude comme une remise en cause des solutions constitutionnelles pourtant adoptées dans le cadre d'un consensus.
- 49 Pourtant, dans le nouveau constitutionnalisme africain, le respect de la Constitution est clairement prescrit avec emphase par les textes constitutionnels. À titre illustratif, la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose que « Tout citoyen béninois, civil ou militaire a le devoir sacré de respecter, en toutes circonstances, la

Constitution et l'ordre constitutionnel établi ainsi que les lois et règlements de la République¹⁷⁰ ». Cette consécration de l'obligation de respect de la Constitution est aussi perceptible dans les textes constitutionnels de la Centrafrique¹⁷¹, de la Côte d'Ivoire¹⁷² et de la République de Guinée¹⁷³. On peut y voir une volonté de rompre avec l'époque du constitutionnalisme autoritaire marquée par la neutralisation des ressources constitutionnelles et même par l'abandon du constitutionnalisme. Il y a surtout une volonté d'extension de la liste des organes assujettis à la loi fondamentale. Mais, dans la réalité, la portée de cette prescription du respect de la Constitution est faible et la relativisation de son autorité constante du fait de la remise en cause du consensus par les gouvernés. À l'analyse, cette remise en cause du consensus a une incidence sur la vie politique et constitutionnelle.

2.2. L'incidence de l'altération

- 50 L'altération du consensus n'est pas sans conséquence, du moins, si l'on s'appuie sur la dynamique constitutionnelle africaine de ces trois dernières décennies. En effet, dès que le compromis constitutionnel est rompu, il y a à la fois précarisation de la Constitution (2.2.1.) et instabilité de l'État (2.2.2.).

2.2.1. La précarisation de la Constitution

- 51 La précarisation met en perspective l'idée de vulnérabilité de la Constitution. Cela se traduit par la crise d'autorité et de sacralité de la loi fondamentale qui corrobore l'assertion selon laquelle le texte constitutionnel n'est pas suffisamment sanctuarisé. À l'analyse, cette précarisation est la conséquence de la rupture du consensus aussi bien par les gouvernants et les gouvernés. Il se dégage, en effet, une méfiance vis-à-vis de la Constitution, laquelle aboutit parfois au rejet de ses solutions, à la prévalence des ressources a-constitutionnelles ou encore à son érosion.
- 52 Relativement au rejet de la Constitution, il est la conséquence des multiples révisions constitutionnelles de ces trois dernières décennies. En effet, après l'adoption des Constitutions qui symbolisent le renouveau constitutionnel, les détenteurs du pouvoir politique se sont lancés dans une activité révisionniste de grande

ampleur avec comme point commun, la remise en cause des options constitutionnelles du début des années 1990¹⁷⁴. Et parce que les réformes n'ont pas toujours rencontré l'adhésion du peuple, c'est par un passage en force que ceux-ci procèdent, quitte à violer la procédure de révision ou à ne pas se soumettre aux limitations constitutionnelles¹⁷⁵. Cela a pu être observé au Niger en 2009 avec la crise constitutionnelle qui a vu le président Mamadou Tandja, en fin de second mandat, chercher à se maintenir au pouvoir en dépit des dispositions de la Constitution de 1999 qui les limitaient. Face au refus des institutions comme l'Assemblée nationale et la Cour constitutionnelle de se soumettre à ses volontés, il a procédé à un véritable passage en force. Les principaux actes symbolisant cette démarche furent la dissolution de l'Assemblée nationale et la cessation anticipée du mandat des juges de la Cour constitutionnelle, décidée de manière *contra constitutionnem* par le Président de la République¹⁷⁶. Il a ensuite organisé un référendum constitutionnel pour l'adoption d'une nouvelle loi fondamentale. Ces actions ont conduit à une crise politique majeure, caractérisée par une répression des opposants et la mise en place d'un régime d'exception, aboutissant finalement au coup d'État militaire de février 2010. Dans un tel contexte, c'est la légitimité de la Constitution qui est altérée puisqu'à la fin, son acception par l'ensemble de la société est de moindre importance. Le passage en force des organes impliqués dans la procédure constituante crée une suspicion autour du texte constitutionnel.

- 53 Au-delà de la pluralité des révisions constitutionnelles, l'instrumentalisation et la violation de la Constitution lui font perdre sa légitimité. D'ailleurs, comme le souligne Benjamin Constant, à la question de savoir « Que reste-t-il après une Constitution violée ? La sécurité, la confiance sont détruites. Les gouvernants ont le sentiment de l'usurpation, les gouvernés ont la conviction d'être à la merci d'un pouvoir qui s'est affranchi du droit¹⁷⁷ ». Dans la même logique, Gérard Conac indique que « Le texte constitutionnel peut devenir suspect s'il apparaît que loin de s'imposer aux gouvernants, il peut aisément être manipulé par eux¹⁷⁸ ». De ces deux affirmations, il en ressort que l'instrumentalisation et la transgression du texte constitutionnel ont pour conséquence d'amplifier la suspicion autour de la loi fondamentale. En effet, dès lors que les gouvernés sont

conscients du fait que la Loi fondamentale ne s'impose pas aux gouvernants, ils s'y réfèrent de moins en moins. L'essor du constitutionnalisme alternatif¹⁷⁹ est ainsi facilité par la remise en cause d'un texte qui est perçu par les citoyens comme un instrument au service des gouvernants.

54 Relativement à la prévalence des solutions a-constitutionnelles, celle-ci se traduit par la mise à l'écart de la Constitution en faveur des ressources extra-constitutionnelles. Autrement dit, cela est envisageable dans l'hypothèse où le texte constitutionnel régit une situation, mais à l'épreuve des faits, il est écarté au détriment des mesures qui n'ont rien à voir avec la lettre et l'esprit de la Constitution. On peut le voir, qu'il s'agisse du recours aux changements anticonstitutionnels de gouvernement ou de la mise en valeur des accords politiques. Dans le premier cas, il faut dire que la séparation des pouvoirs civil et militaire¹⁸⁰, pourtant consacrée par les lois fondamentales, n'a pas réussi à consolider la sectorisation de l'armée dans les États sous étude. En effet, dans le nouveau constitutionnalisme africain, du moins, si l'on s'appuie sur les trois dernières décennies, « tel un troupeau d'éléphants dans un magasin de porcelaine, l'armée fait son entrée dans la politique¹⁸¹ ». Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser le réflexe de l'armée en cas de décès ou de démission du président de la République. Quasiment chaque année, l'on note en Afrique un changement anticonstitutionnel de gouvernement ou une tentative dudit changement. La dévolution démocratique du pouvoir est désormais en crise compte tenu du fait que la prise du pouvoir s'effectue *contra constitutionem*. Il faut surtout souligner que le désamour vis-à-vis de la Constitution fait que ces changements sont acclamés et applaudis par le peuple¹⁸².

55 Dans le second cas, l'essor des accords politiques¹⁸³ traduit à plusieurs égards, la crise de la notion de Constitution. Elle constitue surtout l'un des marqueurs de sa précarisation à l'épreuve du temps. C'est que, en contexte de crise, le réflexe des différents protagonistes est de mettre de côté la loi fondamentale et d'adopter des normes alternatives devant régir le pouvoir jusqu'à la fin de la crise. Parce qu'un pur fait peut renverser la Constitution, il arrive fréquemment que la pyramide des normes s'effondre par le haut dans le constitutionnalisme africain. La fréquence et la multiplicité des crises favorisent dans les États africains de l'espace francophone, un retour

de la suprématie de la politique sur le droit¹⁸⁴. C'est ainsi que ça et là, on assiste à la généralisation du recours aux accords politiques en contexte d'instabilité. À la suite du doyen Frédéric Joël Aïvo, il n'est pas excessif de souligner un « triomphe du conventionnalisme constitutionnel¹⁸⁵ ». Concrètement, la faible crédibilité¹⁸⁶ des lois fondamentales conduit à les ignorer dans la recherche des solutions aux crises.

- 56 Enfin, la précarisation de la Constitution se traduit par sa mise à l'écart. Celle-ci correspond à son anéantissement¹⁸⁷ ou plus exactement, à sa sortie de vigueur. Il s'agit de l'une des conséquences de la crise de légitimité des textes constitutionnels. La rupture du consensus entraîne un climat de méfiance et de suspicion autour de la loi fondamentale si bien que le réflexe qui prévaut dès qu'une crise surgit consiste soit à l'abroger soit à la suspendre. Des cas d'abrogation de la Constitution ont alors été enregistrés en République du Congo en 1997¹⁸⁸ et aux Comores en 1999¹⁸⁹ dans le cadre de crises marquées par l'ingérence politique des forces de défense et de sécurité. Pour ce qui est de la suspension de la Constitution, elle a été vécue au Burkina Faso en 2014 avec la suspension de la Constitution dans le cadre de la crise consécutive à l'ambition présidentielle de révision de la Loi fondamentale aux fins de maintien au pouvoir¹⁹⁰. De même, au Gabon en 2023, la remise en cause des résultats de l'élection présidentielle a débouché sur l'irruption de l'armée dans la vie politique et la suspension de la Constitution¹⁹¹. De fait, la Constitution cesse d'être la source du droit et du pouvoir et se présente comme la principale victime de l'altération du consensus tout comme l'est également, l'institution étatique.

2.2.2. La crise de l'État

- 57 La théorie contractualiste met en avant l'importance du compromis entre différents membres du groupe social au moment de la fondation de l'État. L'idée véhiculée par ces derniers est que c'est d'un commun accord que les citoyens ont décidé de mettre en place une société moderne régie par des règles et placée sous la direction d'un groupe dont les membres se font appeler les gouvernants¹⁹². Il en résulte donc que l'État en tant que siège du pouvoir politique, est le résultat du consensus entre les hommes¹⁹³. Pour reprendre Georges

Burdeau, ce dernier a été « pensé par les gouvernés pour servir de support à un pouvoir qui ne se confond pas avec la puissance dont disposent les gouvernants¹⁹⁴ ». Et, dès que le consensus est rompu, il n'y a plus d'État ou tout au moins, ce dernier tombe en crise. L'analyse des trois dernières décennies de pratique du constitutionnalisme ne dément pas ce postulat. En effet, l'une des conséquences de la rupture du consensus est la survenance de la crise. C'est sans doute la raison pour laquelle l'instabilité est quasi chronique dans les États d'Afrique subsaharienne francophone. Plusieurs marqueurs peuvent servir d'appui à l'illustration de l'instabilité de l'institution étatique à savoir, la persistance des conflits armés, et la discontinuité des institutions.

- 58 Concernant la persistance des conflits armés, elle peut être considérée comme l'une des conséquences de l'altération du consensus dans la mesure où elle traduit une rupture du dialogue entre les forces vives de la Nation. Il convient de souligner que contrairement à ce qui prévalait dans l'ancien constitutionnalisme, ce qui change, c'est le fait générateur des conflits en question. En effet, à l'époque autoritaire, l'on attribuait ces conflits aux questions liées à la souveraineté de l'État naissant et à la délimitation des frontières¹⁹⁵. De nos jours, et pour l'essentiel, il s'agit d'affrontements consécutifs à la crise de la gouvernance¹⁹⁶. En revanche, le point commun avec cette époque est sans doute la récurrence des conflits armés, car quasiment tous les États sous étude y sont confrontés. La pratique observée dans les États en question est que les situations de crise ou de tensions présentent un caractère essentiellement violent si bien que les acteurs mobilisent toute sorte de moyens allant des armes légères aux armes lourdes¹⁹⁷. On trouve ainsi dans quasiment tous les États, des groupes rebelles qui n'hésitent pas à prendre les armes face aux institutions républicaines. À bien y regarder, il s'agit d'une résultante du dialogue malaisé.
- 59 Le nouveau constitutionnalisme africain a pourtant posé les bases de la pacification de la société en faisant allusion à la paix dans ses normes programmatiques¹⁹⁸ et en faisant de celle-ci, un droit pour les gouvernés et les gouvernants. À juste titre, on pouvait affirmer que les lois fondamentales du début des années 1990 étaient investies d'une fonction de paix¹⁹⁹ pour marquer la rupture avec l'ancien constitutionnalisme, mais à l'épreuve des faits, il n'est pas excessif de

parler de l'incapacité du droit constitutionnel à pacifier la société. Le continent africain pris dans sa globalité et les États d'Afrique subsaharienne francophone continuent d'être secoués par des crises d'une ampleur et d'une gravité déconcertante. En de telles circonstances, ce sont les valeurs constitutionnelles qui sont foulées aux pieds en faveur de l'arbitraire, de la négation des droits et libertés et de la discontinuité des institutions.

- 60 Pour ce qui est de la discontinuité des institutions, elle est aussi récurrente dans le nouveau constitutionnalisme africain. En effet, autant le consensus constitue un gage de stabilité institutionnelle, autant son altération aboutit à l'instabilité des organes constitutionnels. Dans un premier temps, c'est la sanction constitutionnelle qui est mobilisée pour parvenir à la révocation des gouvernants. À l'observation, il n'est pas d'excessif d'affirmer que le peuple est enfin libéré²⁰⁰ et le pouvoir est désormais jugé par les gouvernés²⁰¹ qui ont la possibilité de le sanctionner ! En effet, l'actualité constitutionnelle est révélatrice du changement d'attitude de la part du peuple à l'égard des gouvernants. Après avoir longtemps été bâillonnés par les systèmes autoritaires²⁰², les citoyens tiennent de plus en plus tête aux autorités étatiques de sorte qu'aujourd'hui, l'on peut dire que la roue a tourné en faveur de l'instance populaire. Les citoyens investissent alors « la rue²⁰³ » pour manifester et exprimer leur opposition aux dérives autoritaires des gouvernants. Pareille situation a été vécue en 1991 au Mali²⁰⁴, en République de Guinée en 2007²⁰⁵ et en 2025 en Côte d'Ivoire²⁰⁶. C'est avec davantage d'acuité qu'il a été noté que la rupture du consensus par les détenteurs du pouvoir entraîne désormais une révocation des gouvernants comme il a été donné de l'observer au Burkina Faso en 2014²⁰⁷ avec comme conséquence, la discontinuité des institutions. Dans un second temps, les conflits armés aboutissent soit à l'instauration des régimes militaires, soit à la mise en place des gouvernements d'union nationale. Dans les deux hypothèses, il y a discontinuité institutionnelle puisque la survie des pouvoirs publics constitutionnels s'appuie sur des bases précaires et tout recours à la force est susceptible de mettre fin à leur existence. On peut donc se rendre compte de ce que la rupture du consensus a des conséquences de grande ampleur sur l'État et ses institutions.

Conclusion

- 61 De ce qui précède, il apparaît manifestement que le consensus n'est certes pas ignoré dans le nouveau constitutionnalisme africain, mais sa place est résiduelle. Si l'adoption des Constitutions au début des années 1990 et dans les États en crise laisse percevoir une démarche teintée de compromis, il faut dire que cette tendance ne résiste pas au temps. À l'épreuve, il se dégage une altération de forte ampleur du consensus aussi bien par les gouvernants que par les gouvernés qui se traduit par la remise en cause des solutions constitutionnelles, le contournement de la loi fondamentale et la priorisation des solutions a-constitutionnelles. La place résiduelle du consensus explique, à plusieurs égards, la crise de l'État et l'instabilité de ses institutions. Jusqu'ici, le dialogue malaisé entre les différentes composantes de la société fait que malgré l'orientation vers la démocratie et l'état de droit, le recours à la violence et aux conflits armés persiste. Il est dès lors souhaitable que le compromis constitutionnel soit suffisamment mis en valeur, car en de nombreux aspects, il constitue un levier important à la prospérité constitutionnelle et la stabilité de l'institution étatique. Du reste, pour mieux faire face à l'altération du consensus, une approche juridique complémentaire, articulée autour du droit constitutionnel pénal²⁰⁸, pourrait s'avérer nécessaire en envisageant de pénaliser la remise en cause du consensus ou sa violation. Étant donné la dimension dissuasive de la sanction pénale, une telle démarche contribuerait à réduire les cas d'altération abusive du consensus et à renforcer la juridicisation de la vie politique, encore trop souvent soumise à l'impunité. Cela dit, dans des sociétés pluriethniques comme celles de l'espace étudié, des démarches afférentes à la tenue de dialogues nationaux doivent être multipliées selon une temporalité proactive, en amont des crises politiques, et non pas seulement en réaction à celles-ci. Une telle approche permettrait de garantir l'ancrage de la légitimité des institutions et d'assurer une stabilité durable, en favorisant une meilleure intériorisation des règles constitutionnelles par l'ensemble des acteurs. Elle permettrait surtout d'aboutir à la mise en place de démocraties consociatives²⁰⁹ au sein desquelles la place du consensus ne serait plus résiduelle mais centrale.

NOTES

1 P. Brunet, « La constitutionnalisation des valeurs », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Jean-Marc SOREL (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils « constitutionalisé le monde ? »*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 287.

2 Au Bénin, la Cour constitutionnelle n'a d'ailleurs pas hésité à neutraliser le pouvoir de révision tout en érigeant le Consensus national au rang de principe à valeur constitutionnelle. On peut en effet lire dans la décision en question que : « la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle ». Lire utilement : la décision DCC n° 06-74 du 8 juillet 2006, [En ligne] : < <https://courconstitutionnelle.bj/fr/decisions/DCC06-074> >, consulté le 10/06/2025.

3 Il est généralement admis dans une perspective théorique que le droit est destiné à la formalisation des valeurs promues par une société. Il se présente de ce point de vue comme l'outil qui sert à consolider les choix de valeur en permettant leur consécration. C'est dire que derrière un ensemble de règles juridiques, se trouvent sous-jacentes, une pluralité de valeurs et symboles essentiels à une société. Lire : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 317.

4 S. PIERRÉ-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeur », in *Mélange en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 287.

5 R. OGIER, « Normes et valeurs », in Monique CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, Puf, 2004, tome 2, 4^e éd., p. 1355.

6 S. PIERRÉ-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeur », *op. cit.*, p. 287.

7 La sécurité juridique fait partie des valeurs que le droit exalte à l'époque contemporaine. En effet, « alors qu'il est communément admis que le principe fondateur de l'État de droit réside dans la légalité, cette dernière ne peut être fonctionnelle que si deux exigences de fond sont respectées. La première est la liberté [...] la deuxième est la sécurité ». Lire

utilement : B. DEFFAINS et C. KESSEDJIAN, *Index de la Sécurité juridique*, Rapport de la Fondation pour le droit continental, 2015, p. 8.

8 En matière constitutionnelle, il est d'ailleurs admis depuis la Déclaration de 1789 que la garantie des droits et libertés fait partie des critères d'appréciation ou d'identification d'une bonne Constitution. En effet, l'article 16 de la Déclaration en question énonce que : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ».

9 P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 318.

10 E. SMITH, « Les fonctions symboliques des Constitutions », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, tome 1, p. 778.

11 Sur le consensus dans la Grèce antique, lire utilement : J.-P. VERNANT, « Espace et organisation politique dans la Grèce ancienne », *Annales*, 1965, p. 576-595.

12 À propos de la notion de consensus à l'époque médiévale, l'on peut se référer à : M. BEDEL, « “Trouver la paix au Moyen Âge” : les ambassades pour un consensus entre Grecs et Troyens chez Guido delle Colone », *Revue pluridisciplinaire d'Études médiévales*, n° 26, 2013, p. 75-90.

13 Dans la pensée de Cicéron, le consensus repose sur un jeu d'équilibre de trois éléments fondamentaux : la magistrature, le Sénat et le peuple. La gestion et le fonctionnement de la Cité sont ainsi tributaires de l'accord entre ces trois composantes. Lire dans ce sens : J. KENNEDY, « Concilier *res publica* et personnalisation du pouvoir dans les années 50 avant J.-C. ? La pensée cicéronienne au service du politique », *Dialogues d'Histoire Ancienne*, suppléments 24, 2021, p. 61-76.

14 R. PUCHEU, « À la recherche du consensus », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 17.

15 On parle du compromis constitutionnel pour désigner le consensus entre les monarchistes et les républicains dans le cadre de la rédaction des lois constitutionnelles de 1875. En l'espèce, l'écriture de lois en question s'était effectuée non pas sur la base des convictions constitutionnelles, mais, en fonction des considérations opportunistes et les rédacteurs ont volontairement omis d'aborder certaines questions pour se fait des concessions réciproques. À titre d'illustration, pour satisfaire les monarchistes, les déclarations des droits ont simplement été ignorées par les lois constitutionnelles. Lire utilement : P. JAN, *Les Constitutions de*

la France, tome 2, 1814-1958 *l'établissement du régime parlementaire*, Paris, LGDJ, 2016, p. 107.

16 *Concentio* signifie « l'art de chanter ensemble ».

17 *Consentio* fait référence à la conformité d'un sentiment.

18 J. RIVÉRO, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 59.

19 G. BURDEAU, « L'État entre le consensus et le conflit », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 65.

20 C'est le lieu de souligner que la démocratie ne consiste pas uniquement en la séparation des pouvoirs et l'organisation d'élections pluralistes. Elle implique aussi, de manière quasi permanente, un consensus entre gouvernants et gouvernés. Lire : J.-P. BIZEAU, « Pluralisme et démocratie », *RDP*, 1993, p. 519. Lire aussi : M.-Z. CHAMSI, *Consensus et démocratie en Tunisie*, thèse de doctorat en Droit public, Université Côte d'Azur, 2023, p. 12.

21 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 239.

22 *Ibid.*

23 Dans le préambule de l'Acte constitutionnel burundais du 06 juin 1998, le peuple réaffirme « l'engagement à forger un système démocratique rassurant pour tous, inspiré par les réalités de notre pays et fondé plus sur les valeurs de rassemblement, de participation et de consensus que sur la confrontation et l'opposition » ; dans la Constitution gabonaise du 19 décembre 2024, l'article 9 énonce que « la République gabonaise affirme les valeurs suivantes : ... le dialogue et l'esprit de consensus » ; il en est de même dans la Constitution rwandaise du 04 juin 2003 où au nombre des principes fondamentaux de l'État énumérés à l'article 9, l'on retrouve « la recherche permanente du dialogue et du consensus ».

24 Cette perception découle d'une interprétation de l'article 131 de la Constitution burundaise du 18 mars 2005 qui dispose que « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation dans le cadre des décisions prises par consensus en Conseil des ministres ».

25 Au niveau de l'article 95 de la Constitution rwandaise, le « compromis » est mentionné par opposition au « défaut de consensus » s'agissant des résultats des travaux de la Commission mixte paritaire.

26 Le juge constitutionnel malien laisse transparaître cette sacralité et cette protection du consensus lorsqu'il indique en ce sens son arrêt n° 07-

175/CC-EP du 12 mai 2007 portant proclamation des résultats définitifs de l'élection du Président de la République que « la loi n° 06-044 portant loi électorale conçue et élaborée à la suite d'un consensus entre les acteurs politiques et promulguée ne peut faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité ».

27 Dans sa décision n° 023/CC du 10 août 2006 relative à la requête de la Fédération nationale de l'association des Personnes handicapées du Gabon aux fins d'annulation de sa désignation des représentants de l'association nationale des Personnes handicapées du Gabon, le juge constitutionnel rappelle que « c'est par consensus que depuis quinze ans [les handicapés] désignent leurs représentants au Conseil économique et social ».

28 Le consensus s'oppose néanmoins à l'unanimité qui requiert l'accord de toutes les opinions sans admettre une quelconque objection. Or, en ce qui concerne le consensus, la solution ou la proposition est majoritairement acceptable.

29 M. BARBERIS, « Idéologies de la Constitution. Histoire du constitutionnalisme », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, tome 1, p. 117. On peut également se référer à : M. GUÉNAIRE, « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *RRJ*, 1987, p. 105-169.

30 M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique Noire : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique Noire francophone*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 1987, tome 43, p. 43.

31 Lire dans ce sens : Y.-A. FAURE, « Les Constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire », *Politique Africaine*, n° 1, 1981, p. 41 ; F.-X. MBOME, *Régimes politiques africains*, Yaoundé, 1990, 1^{re} éd., p. 12.

32 G. CONAC, « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la République malgache », in Gérard CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone et de la République malgache*, Paris, Éditions Economica, 1979, p. 6 ; Lire aussi dans ce sens : A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2013, p. 5.

33 Le constitutionnalisme autoritaire correspond à celui des trois premières décennies après l'accession des États africains à l'indépendance. Il est dit autoritaire parce qu'il se caractérise par la personnalisation du pouvoir, la banalisation de la constitution et la négation des droits fondamentaux. Lire dans ce sens : J.-P. KOMBILA, *La problématique*

constitutionnelle dans les régimes politiques des États d'Afrique francophone, thèse de doctorat en droit public, Université de droit, d'économie et des Sciences sociales de Paris, Paris 2, Panthéon, 1982, p. 111.

34 On doit au Doyen Maurice Hauriou la paternité de la théorie des cycles constitutionnels en France. Selon ce dernier, il existe deux cycles constitutionnels en France chacun ayant une évolution en trois phases : une période de gouvernement conventionnel marquée par la suprématie de l'institution parlementaire ; une période de dictature exécutive et une période d'équilibre parlementaire des pouvoirs. Pour un approfondissement, lire utilement M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 294.

35 Lire utilement : K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et Politique Revue du CERDIP*, n° 2, juillet-décembre 2002, p. 35-86 ; T. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, p. 17-41 ; F.-J. AÏVO, « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n° 4, 2014, p. 289-309 ; A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 721-748.

36 Lire utilement : K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et politique*, 2002, p. 40.

37 M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 241.

38 J. OWONA, « L'influence du constitutionnalisme soviétique en Afrique noire », *RJPIC*, vol. 67, 1983, p. 256-282.

39 G. CONAC, « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la République malgache », in Gérard CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone et de la République malgache*, Paris, Éditions Economica, 1979, p. 6.

40 T. ONDO, « Splendeurs et misères du parlementarisme en Afrique noire francophone », in J. GARRIGUES, E. ANCEAU, F. ATTAL, N. CASTAGNEZ, N. DAUPHIN, S. JANSEN et O. TORT, *Actes du 57^e Congrès du CIHAE (Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'État), Assemblées et*

parlements dans le monde, du Moyen-Âge à nos jours, Paris, Assemblée nationale, 2010, p. 197.

41 M. NGUELE ABADA, *État de droit et démocratisation. Contribution à l'étude de l'évolution politique et constitutionnelle au Cameroun*, thèse de doctorat en droit public, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 1995, tome 1, p. 90.

42 G. CONAC, « Portrait du chef d'État », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 121.

43 A.-D. OLINGA, « Politique et Droit électoral au Cameroun : analyse juridique de la politique électorale », *RCSP*, vol. 6, n° 2, 1998, p. 57.

44 C. MONEMBOU, *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais. Contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, thèse de doctorat PhD en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2011, p. 255.

45 M. KAMTO, « Les conférences nationales souveraines ou la création révolutionnaire des Constitutions », in Dominique DARBONET et Jean DU BOIS DE GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Khartala, 1997, p. 177-195.

46 K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *op. cit.*, p. 40.

47 R. DOSSOU, « Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Revue du Conseil Constitutionnel d'Algérie*, n° 4, 2014, p. 337.

48 E.-H. MBODJ, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDP*, n° 2, 2010, p. 443.

49 S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels. Étude des cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, 536 p.

50 Il va s'agir du Bénin, du Burundi, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, du Mali, de la République centrafricaine, de la République démocratique du Congo, de la République du Congo et du Sénégal. L'on retrouve ici des États stables dans le cadre du nouveau constitutionnalisme (Bénin et Sénégal) ainsi que des États ayant connu ou connaissant des crises ainsi que des ordres constitutionnels de transition.

51 S. SAMBOU, « Afrique subsaharienne francophone. Des textes constitutionnels en vigueur à leur(s) révision(s) », *Afrique Contemporaine*, n° 242, 2012, p. 116.

52 M. BESSE, « L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », *Nouveaux Cahiers du*

Conseil Constitutionnel, n° 45, 2014, p. 113-126.

53 Une Constitution est dite octroyée lorsque pour son adoption, le peuple n'est associé en rien à la procédure constitutionnelle. L'acte constituant étant un acte émanant du Roi ou du dictateur. En théorie constitutionnelle, l'octroi de la Constitution fait partie des modes autoritaires d'élaboration de la Constitution.

54 Les Constitutions consenties peuvent être considérées dans le cadre de cette étude comme l'opposé des Constitutions octroyées. Ce qui les caractérise, c'est la prévalence du consensus dans leur écriture. Dans le cadre de la production constitutionnelle des États en crise, ce qui est frappant, c'est la participation de tous les membres de la société ce qui signifie que le texte constitutionnel n'est pas imposé. En un mot, les Constitutions consenties sont celles dont le processus d'adoption est démocratique parce que reposant sur le consensus. Voir : M. NGUÉLÉ ABADA, « Du constitutionnalisme de transition en Afrique : réflexion sur l'évolution constitutionnelle en République démocratique du Congo », *RRJ*, n° XXXIII, 2008, p. 507.

55 J.-M. BIKORO, *Le temps en droit constitutionnel africain. Le cas des États africains d'expression française*, thèse de doctorat PhD en Droit Public, Université de Yaoundé II, p. 124.

56 S. ANDZOKA ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique : les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo*, op. cit., p. 153 ; Sur la composition inclusive de la Conférence nationale souveraine béninoise, M. BESSE, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes : analyse comparative à partir de l'expérience du Bénin*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Public, Université Clermont Auvergne, 2017, p. 117. L'auteur indique notamment que « la Conférence nationale du Bénin, comme les autres CNS à sa suite, présente la particularité de réunir des participants supposés représenter une très grande diversité d'opinions et d'intérêts ».

57 Article 99 de la Constitution de transition de la RDC. Dans la même logique, lire l'article 105 de la Constitution de transition.

58 Cette dynamique est d'ailleurs perceptible dans les ordres constitutionnels de transition où la révision des Chartes de Transition est effectuée par des Parlements à la composition plurielle et hétérogène. Cela a notamment été le cas au Gabon au cours de l'année 2024 où l'Assemblée

nationale de Transition était composée, d'après l'article 46 de la Charte de la Transition du 4 septembre 2023, de quatre-vingt-dix-huit (98) membres, dont soixante-six (67) issus des partis politiques légalement reconnus ou choisis parmi les personnalités politiques ; vingt-cinq (25) de la société civile ; six (06) membres issus des Forces de Défenses et de Sécurité. Cette institution a procédé à la révision de la Charte de Transition du 04 septembre 2023. Le mouvement a été similaire au Mali en 2025. Le Parlement de Transition y est pour rappel composé à la lumière de la Charte de Transition du 1^{er} octobre 2020, de cent vingt et un (121) membres répartis entre les Forces de Défense et de Sécurité, les représentants du Mouvement du 5 juin – Rassemblement des Forces patriotiques (M5-RFP), les partis et regroupements politiques, les organisations de la société civile, les centrales syndicales, les syndicats libres et autonomes, les organisations de défense des Droits de l'Homme, les ordres professionnels, les Maliens établis à l'extérieur, les Mouvements signataires de l'Accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger, les Mouvements de l'inclusivité, les groupements de femmes, de jeunes et des personnes vivant avec un handicap, les confessions religieuses, les autorités traditionnelles et coutumières, les chambres consulaires, les faitières de la presse, des arts et de la culture. C'est cette institution qui a adopté la loi n° 2025-029 du 08 juillet 2025 portant révision de la Charte de la Transition.

59 Article 131 de la Constitution de transition.

60 Article 98 de la Constitution de transition.

61 Article 55 de la Charte constitutionnelle de transition.

62 Y. MENY et O. DUHAMEL (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 967.

63 R. CARRÉ DE MALBERG, « Les considérations théoriques sur la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 228.

64 Au Burundi, la Constitution a été adoptée par référendum le 28 février 2005 ; en République démocratique du Congo, la Constitution a été adoptée par référendum les 18 et 19 décembre 2005 ; en République centrafricaine, la Constitution a été approuvée par référendum le 13 décembre 2015.

65 J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politéia*, n° 7, 2005, p. 592.

66 S. PINON, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », *RIEJ*, n° 1, vol. 78, 2017, p. 9.

67 E. LAFFINEUR, *Constitution et appel du peuple*, Paris, Armand Le Chevalier éditeur, 1873, p. 8. À l'époque contemporaine, on peut se référer à : S. PINON, « La participation directe au pouvoir constituant. Regard sur le droit étranger », *RIEJ*, n° 1, vol. 78, 2017, p. 6.

68 K. A. A. KUAKUVI, *Les secondes chambres du parlement dans les États d'Afrique francophones : le cas du Burundi, de la France, du Gabon et du Sénégal*, thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé (Togo) et Université de Gand (Belgique), 2011, p. 18.

69 Titre IV de la Constitution du 11 décembre 1990.

70 Au Sénégal en revanche, le Sénat est constamment supprimé et ressuscité au point où la structure du parlement est en constante mutation. Depuis l'arrivée au pouvoir du président Macky Sall, le parlement sénégalais est monocaméral.

71 B. BAUFFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 189.

72 K. A. A. KUAKUVI, *Les secondes chambres du parlement dans les États d'Afrique francophones : le cas du Burundi, de la France, du Gabon et du Sénégal*, *op. cit.*, p. 244.

73 F.-J. AÏVO, *Le président de la République en Afrique francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 123.

74 A. CABANIS et M.-L. MARTIN, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 61.

75 S. ANDZOKA ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique : les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo*, *op. cit.* p. 180.

76 Titre XIX de la constitution en son article 228.

77 S.-N. WILWERT-BELA, « Le dialogue national au Cameroun : Limites et perspectives pour une sortie de crise », *Thinking Africa*, NDR, n° 56, 2020, p. 3.

78 L'article 129 de la Constitution de 2005 dispose que « le gouvernement est ouvert à toutes les composantes ethniques. Il comprend au plus, 60 % de ministres et de vice-ministres hutus et au plus 40 % de ministres et de vice-ministres Tutsi. Il est assuré un minimum de 30 % de femmes ». L'accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation nationale avait déjà posé de manière générique cette exigence en des termes ci-après : « le

gouvernement burundais doit être composé de sorte que tous les Burundais y soient représentés et qu'il les représente tous ».

79 L. SINDJOUN, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la paraconstitution », *Revue Canadienne de Science Politique*, n° 40, vol. 2, juin 2007, p. 470.

80 F. DIANGITUKWA, « La lointaine origine de la gouvernance en Afrique : l'arbre à palabres », *Revue Gouvernance*, été 2014, p. 2.

81 I. EHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, thèse de doctorat en droit public, Université La Rochelle et Université de Cocody Abidjan, 2011, p. 180.

82 F. DIANGITUKWA, « La lointaine origine de la gouvernance en Afrique : l'arbre à palabres », *op. cit.*, p. 2.

83 P. MANGA, « Réflexions sur la dynamique constitutionnelle en Afrique », *RJPIC*, 1991, p. 53.

84 L. SINDJOUN, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la paraconstitution », *op. cit.*, p. 471.

85 Prosaïquement, on peut définir les forces vives de la Nation comme l'ensemble des personnes physiques ou morales dont les actions et le potentiel contribuent au rayonnement et à l'amélioration de la société. Cela inclut les acteurs économiques et sociopolitiques dont le déploiement est indispensable à l'équilibre et à la stabilité de la société. Lire utilement : C. RODRIGUEZ, « La résilience est l'affaire de toutes les forces vives de la Nation », *Servir*, n° 529, 2024, p. 19-20.

86 B. TRICOT, « L'article 9 », in François LUCHAIRE et Gérard CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Édition Economica, 1987, p. 393.

87 J.-M. SAUVÉ, « Le conseil des ministres », in *Constitutions et pouvoirs, mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 500.

88 *Ibid.*, p. 502.

89 Sur la Commission mixte paritaire, lire utilement : S. BERNARD, « La commission mixte paritaire », *RFDC*, n° 47, vol. 3, 2001, p. 451-478.

90 Dans l'ensemble des États où le parlement est bicaméral, la mise en place d'une commission mixte paritaire en cas de désaccords entre les

chambres parlementaires a été prévue par le constituant. C'est à titre illustratif le cas en Côte d'Ivoire où l'article 110 de la Constitution de la Constitution du 09 novembre 2016 dispose que « lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux chambres, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque chambre ou... le Président de la République peut provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ». La dynamique est la même lorsqu'on se réfère à l'article 30 (3.c) de la loi constitutionnelle camerounaise du 18 janvier 1996 qui prévoit la mise en place de la commission considérée. Cela dénote bien de ce que le principe dans le cadre bicaméral est celui de la recherche du consensus.

Ceci étant, il reste que de manière tendancielle, si la commission mixte paritaire ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si le désaccord persiste entre les deux chambres pour l'adoption du texte, le Président de la République demande à l'Assemblée nationale de statuer définitivement sur le texte. Par rapport à cette issue, il importe alors de mettre en relief la spécificité du cas rwandais. En effet, l'article 95 de la Constitution rwandaise énonce qu'« à défaut de consensus par les deux Chambres, le projet ou la proposition de loi est renvoyé à l'initiateur » bien que d'après l'article 9 du texte constitutionnel, l'un des principes fondamentaux de l'État soit « la recherche permanente du dialogue et du consensus ».

91 Article 13, alinéa 2 de la loi n° 2004/004 du 21 avril 2004 modifiée en 2012 portant organisation et fonctionnement du Conseil Constitutionnel.

92 J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil constitutionnel camerounais », AIJC, 2003-2004, *Constitution et élections – La loi*, p. 58.

93 B. KANTE et K. PREMPEH, « L'autorité des décisions des juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité », in M. BOCKENFORDE, B. KANTE, Y. NGENGE et H. KWASI PREMPEH, *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest. Analyse comparée*, Stockholm, IDEA International, 2016, p. 137. Les auteurs relèvent que « le principe majoritaire est appliqué pratiquement partout pour l'adoption des décisions. Au moins sept des pays francophones s'y conforment : le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Niger, le Togo, la Mauritanie, le Burkina Faso et le Sénégal. Ce dernier préfère toutefois le consensus ».

94 W. MASTOR, « Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution », *Revue des droits de l'Homme*, n° 21, 2022, p. 2.

95 Quelques décisions peuvent servir à illustrer la promotion du consensus dans la vie politique par le juge constitutionnel en Afrique. Il s'agit notamment de : la décision n° CI-2016-EL-267/27-12/CC/SG du 27 décembre 2016 du Conseil constitutionnel ivoirien relative à la requête de Monsieur TRA Bi Irié Jonas dans le juge rappelle que : « les horaires de fermeture après l'heure légale procèdent d'un consensus entre les agents électoraux et les représentants des candidats » ; l'arrêt n° 07-175/CC-EP DU 12 mai 2007 portant proclamation des résultats définitifs de l'élection du Président de la République au Mali où le juge souligne que « la loi n° 06-044 portant loi électorale conçue et élaborée à la suite d'un consensus entre les acteurs politiques et promulguée ne peut faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité ». Comme quoi le consensus ne saurait être remis en cause ; l'avis n° 99-001/HCR, du 26 janvier 1999 du juge constitutionnel comorien où il indique que : « Pour la préservation de la paix publique, il est hautement recommandé au Président de la République par intérim de mettre tout en œuvre pour concilier toutes les forces politiques nationales afin de parvenir, dans un consensus, à un partage des responsabilités dans la gestion et le traitement des affaires publiques pendant cette période. »

96 J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Édition Economica, coll. « Classiques », 1985, p. 183.

97 D. ROUSSEAU, « Questions de Constitution », *Politiques et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 18.

98 F. DELPÉRÉE, « Les rayons et les ombres de la Constitution », RFDC, n° 103, 2015, p. 584.

99 Au sens de Norberto Bobbio, il est concevable d'appeler légitime « une règle ou un individu auxquels on doit obéir en raison de l'autorité dont émane la règle ou qui est réputé avoir désigné l'individu en raison de son contenu », lire utilement : N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Annales de philosophie politique*, Paris, PUF, p. 4.

100 M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 47.

101 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, p. 215.

102 A. VIALA, « La légitimité et ses rapports au droit », *Les Cahiers Portalis*, n° 7, 2020, p. 32.

103 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de transition en Afrique et en Europe », in *Démocratie et liberté* :

tension, dialogue, confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 338.

104 J.-M. BIKORO, « La fonction constituante du peuple dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone », *Civitas Europa*, n° 46, 2021, p. 347.

105 Article 40 de la Constitution du 11 décembre 1990.

106 Article 28 de la Constitution ivoirienne du 08 novembre 2016.

107 C'est un truisme que de dire que l'auteur de la Constitution c'est le peuple étant entendu que c'est en lui que réside le pouvoir constituant. Toutefois, le degré de participation de l'instance populaire dans la procédure constituante permet de lui attribuer ou non, la paternité d'une loi fondamentale. Il est en effet illogique d'attribuer au peuple un texte constitutionnel qui lui est imposé par les détenteurs du pouvoir. C'est dire qu'on ne peut plus se contenter d'affirmer la souveraineté du peuple sans aménager les conditions de son exercice ni la concrétiser en l'impliquant dans la production constitutionnelle. Lire utilement : S. PINON, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », *op. cit.*, p. 11.

108 Tout se passe finalement comme si la Constitution était une affaire des seuls gouvernants ou du moins, des détenteurs du pouvoir politique. Non seulement son contenu n'est pas accessible aux citoyens, mais ces derniers n'y accordent aucune importance. Voir : Y.-A. FAURE, « Les Constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique », *op. cit.*, p. 40.

109 D. ROUSSEAU, « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 184.

110 M.-C. PONTTHOREAU, « L'amour de la Constitution : une brève réflexion à partir du cas français », in Didier PASSELECQ et André ROUX, *La V^e République, mélanges en l'honneur de Didier Maus*, Aix-en-Provence, PUAM, 2023, p. 682.

111 D. FALLON, « Légitimité et normativité de la Constitution », in A. CUKIER et H. KASSOUL (dir.), *Normativité et légitimité, Rencontre de Thémis et Sophia* (1^{re} éd.), Université de Poitiers, 2020, p. 2.

112 M.-E. BAUDOIN, « Le droit constitutionnel et la démocratie à l'épreuve du temps », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 45.

113 J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2009,

p. 1.

114 H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, p. 197-257.

115 B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Genève, Slatkin, 1982, tome 1, p. 380.

116 Les constituants ont pris conscience de cet état de fait. La faible légitimité a clairement été identifiée comme un problème majeur. En RDC, il est à cet égard mentionné dans le préambule de la Constitution que « depuis son indépendance, le 30 juin 1960, la République démocratique du Congo est confrontée à des crises politiques récurrentes dont l'une des causes fondamentales est la contestation de la légitimité des Institutions et de leurs animateurs ».

117 Certaines crises ont une incidence sur la configuration de l'État ou alors, elles ont pour prétexte, la forme de l'État. On peut citer dans ce sens, la crise de sécession qui peut déboucher sur la partition du pays. À date, nombreux sont ces États africains qui font face aux mouvements sécessionnistes. On peut citer dans ce sens, le cas du Cameroun avec la crise dans les régions anglophones ; Le cas des mouvements sécessionnistes en Casamance au Sénégal enfin, on peut se référer aux mouvements de revendication de l'indépendance de l'Azawad au nord Mali. En dehors de l'Afrique noire francophone, on peut se référer au conflit au Sahara occidental impliquant le Maroc.

118 B. GUEYE, « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Droit Sénégalais*, n° 10, 2011-2012, p. 238.

119 *Ibid.*, p. 241.

120 Y.-P. Mandjem, *Les Institutions dans les processus de sortie des conflits. Analyse comparée de la Côte d'Ivoire et de la République démocratique du Congo*, thèse de doctorat en Science politique, Université de Yaoundé II, 2010, p. 209.

121 L. Sindjoun, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'État en crise ou en reconstruction », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue et confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 972.

122 A. Tidiane Ly, « Les changements anticonstitutionnels de gouvernement en Afrique », *Droit Sénégalais*, n° 9, 2010, p. 238.

123 G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », RFSP, n° 91, 1959, p. 87.

124 T. ONDO, « Réflexion sur la légitimité des Constitutions en Afrique », *Palabres actuelles, Revue de la Fondation Raponda Walker*, n° 6, 2013, p. 100.

125 J.-C. GAUTRON, « L'exercice du pouvoir par l'armée. Analyse des régimes militaires africains actuels », RJA, n° 0, 1989, p. 62.

126 À la suite de l'élection présidentielle de 2016 au Gabon, la rupture du consensus a été principalement due à la contestation de la désignation des gouvernants. L'annonce de la victoire d'Ali Bongo Ondimba a été accueillie par des manifestations de l'opposition et d'une partie de la population, qui remettaient en question la légitimité du pouvoir. Cette crise a été exacerbée par les chiffres du Haut-Ogooué, province d'origine du président, où le taux de participation et les résultats ont été perçus comme irréalistes. La question ethnique, bien que latente, a contribué à la crise, le sentiment de l'opposition étant que le pouvoir était détenu par un clan au détriment des autres. Le coup d'État de 2019, bien que manqué, a souligné la fragilité de cette légitimité. Un groupe de militaires, en tentant de renverser le pouvoir, a mis en évidence le manque de sacralisation des institutions constitutionnelles, même au sein de l'armée. Cet événement a révélé que l'absence de consensus sur la désignation des dirigeants pouvait conduire à des divisions profondes, y compris au sein des forces de défense et de sécurité censées être les garantes de l'ordre constitutionnel.

127 M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 76.

128 J.-P. MASSIAS, « Pacification sociale et transition constitutionnelle. Réflexions sur les limites de l'autosatisfaction positive », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue et confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 173.

129 R. MBALLA OWONA, « Le citoyen et le renouvellement du droit constitutionnel en Afrique », in Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO (dir.), *Les transformations contemporaines du Droit public en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 94.

130 B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « 1962-1992-2002 : pour une périodicisation institutionnelle », RFDC, n° 53, 2003, p. 34.

131 M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple. De ses dérives », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en*

l'honneur de Slobodan Milacic, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 1073-1101.

132 Jean Jacques Rousseau peut être considéré comme le précurseur de la considération de la Constitution comme un contrat. Ce dernier affirme en effet au sujet de finalité dudit contrat que « trouver une forme d'association qui défend et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant ? Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution », in J.-J. Rousseau, *Du contrat social au principe du droit politique*, coll. « Des œuvres de Genève », 1780-1784, vol. 1, p. 11.

133 G. CONAC, « Les Constitutions des États d'Afrique et leur effectivité », in Gérard CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Éditions Economica, 1980, p. 390.

134 C. MILHAT, « Le constitutionnalisme en Afrique francophone. Variations hétérodoxes sur un requiem », *Politéia*, n° 7, 2005, p. 678.

135 D.-G. LAVROFF, « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la V^e République », *Politéia*, n° 25, 2014, p. 29.

136 A. ABDESSEMED, « La constitution et son instrumentalisation par les gouvernants des pays arabes républicains : le cas de la Tunisie, de l'Égypte et de l'Algérie », *op. cit.*, p. 34.

137 Y.-A. FAURE, « Les constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire », *Politique Africaine*, n° 1, 1981, p. 40.

138 Au Gabon, l'article 81 de la Constitution de 1991, qui prévoyait qu'une loi fixe les règles de fonctionnement de la Haute Cour de Justice et la procédure applicable devant elle, n'a pas été appliqué. Sous l'empire de cette Constitution, après plus de trente ans, la loi d'application n'avait pas été adoptée. Au Cameroun, Les articles 53 et 66 de la Constitution de 1996, relatifs respectivement à la Haute Cour de Justice et à la déclaration des biens et avoirs des hautes personnalités de l'État, n'ont pas connu d'application depuis l'entrée en vigueur de la Constitution. Sur cette question, lire M. WELLA, « Les dispositions inappliquées des Constitutions africaines », *Vénégré*, 2022, p. 1-28.

139 Lire utilement : S.-M. OUÉDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat en Droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, p. 146. L'auteur met notamment l'accent sur le cas du Togo où il a été donné de voir l'un des cas les plus emblématiques de fraude à la Constitution. En effet, malgré

l'interdiction de toute procédure de révision pendant une période d'intérim ou de vacance du pouvoir, la Constitution a été révisée par le Parlement pour permettre la succession du Président de la République décédé par son fils. La révision a notamment porté sur l'article 144 de la Constitution, afin de soustraire la période d'intérim de l'interdiction de révision constitutionnelle. Le président de l'Assemblée nationale, dauphin constitutionnel, a été écarté pour créer les conditions juridiques d'une prise de pouvoir non conforme à l'esprit de la loi fondamentale.

140 Selon Maurice Hauriou au sujet des faussement de la Constitution, « la pratique établit souvent des usages qui sont contraires au texte même de la Constitution ». Lire utilement : M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 260.

141 J.-F. KERLÉO, « Le fait majoritaire, chronique d'une mort annoncée ? », *Jus Politicum*, n° 18, 2017, p. 341.

142 J.-M.-N. NDZINA NOAH, « Le fait majoritaire et la Constitution du 18 janvier 1996 », in Alain DIDIER OLINGA (dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun 25 ans après*, Yaoundé, Afrédit, 2021, p. 250.

143 S. SAMBOU, « Afrique subsaharienne francophone. Des textes constitutionnels en vigueur à leur(s) révision(s) », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 116.

144 Les Constitutions africaines du début des années 1990 ont fait l'objet d'une écriture multilatérale. Tous les acteurs de la société ont été impliqués dans leur écriture réunie autour de la Conférence nationale ou de la rencontre tripartite avec en toile de fond, la volonté de mettre sur pied un texte qui soit le reflet des attentes de l'ensemble du corps social. C'est cette démocratisation de la production constitutionnelle qui a conduit à la promotion du consensus. Lire utilement : S. SAMBOU, « Afrique subsaharienne francophone. Des textes constitutionnels en vigueur à leur(s) révision(s) », *op. cit.*, p. 116.

145 C. DE SOUZA, *Les nouveaux pouvoirs du juge constitutionnel béninois à la lumière d'une approche comparatiste. Contribution à la théorie du contentieux constitutionnel*, thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit public, Université Paris-Saclay, 2024, p. 71.

146 M. MEBENGA, « La participation du citoyen à la création du droit : l'exemple du large débat national sur la réforme constitutionnelle au Cameroun », in Dominique DARBON et Jean DU BOIS DE GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 197-216.

147 En tant que souverain, le peuple détient un pouvoir absolu, originaire et illimité. Autant il peut le mettre en œuvre dans la désignation des gouvernants ou en matière de révocation des gouvernants, autant il peut le faire en matière de sécrétion du droit en général, et du droit constitutionnel en particulier. Cependant, la participation du peuple dans l'édiction du droit est variable. Elle est directe lorsque lui-même prend part à la procédure soit en initiant la réforme soit en adoptant le texte par le biais du référendum. Sa participation est par contre indirecte lorsqu'il agit par l'intermédiaire de ses représentants. Dans le constitutionnalisme contemporain, c'est cette seconde modalité qui prévaut sur la première. Lire utilement : M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso Éditions, 2015, p. 68.

148 Sur la sécrétion du droit constitutionnel par le peuple, le préambule de la Constitution américaine est assez illustratif. Il dispose en effet dans sa version originale que « Nous, Peuples des États-Unis, en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, de faire régner la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique ».

149 J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, thèse de doctorat en Droit public, Université de Poitiers, 1982, p. 81.

150 Les constitutions adoptées de manière consensuelle en 1990 par le biais de référendum sont révisées avec la seule intervention de chambres parlementaires à la représentativité discutable. Quand bien même les constitutions sont de nouveau soumises au référendum, elles ont été réécrites et soumis à la validation de citoyens n'ayant pas forcément les connaissances nécessaires. Lire utilement : R. MBALLA OWONA, « Le citoyen et le renouvellement du droit constitutionnel en Afrique », in Magloire ONDOA et Patrick Edgard ABANE ENGOLO (dir.), *Les transformations contemporaines du Droit public en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 94.

151 I. DIALLO, « Pour un examen minutieux de la question des révisions de la Constitution dans les États africains francophones », *Afrilex*, 2015, p. 6. Des révisions constitutionnelles visant notamment la levée du verrou afférent à la limitation du mandat présidentiel ont massivement été contestées par le peuple. Cela a été perceptible au Burkina Faso en 2014, au Burundi en 2015, en République de Guinée en 2019. Sur chacun de ces cas, lire

respectivement S.-M. OUEDRAOGO et D. OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : du contexte au texte de la Charte de la transition », *Afrilex*, 2015, p. 6 ; P. Hugon, « Le Burundi bascule-t-il dans le chaos ? », *Sens-Dessous : Urgence* – mars 2017, p. 32 ; I. S. BOINA, « La malédiction Constitutionnelle en Afrique : La révision », *RFDC*, n° 128/4, 2021, p. 21-46.

152 N. CAMPAGNA, « Une révision de la Constitution sans la puissance souveraine ? », *Verfassung*, 2000, p. 5-9. Lire aussi : D.-G. LAVROFF, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, n° 2, HS, 2008, p. 55.

153 Sur la crise de la représentation, lire utilement : A. TOURAINE, « La crise de la représentation politique », *Sociologie et sociétés*, vol. 15, n° 1, 1983, p. 131-140 ; D. TURPIN, « Critiques de la représentation », *Pouvoirs*, n° 7, 1978, p. 7-16.

154 A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 90.

155 A. TOURAINE, « La crise de la représentation politique », *op. cit.*, p. 135.

156 M. PROUZET, « Les procédures de révision constitutionnelle », in Gérard CONAC (dir.), *Les Institutions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone et de la République malgache*, Paris, Éditions Economica, 1979, p. 286.

157 P. KIEMDE, « Réflexion sur le référendum constitutionnel et les élections présidentielles et législatives de 1991 et 1992 », in René OTAYEK et al (dir.), *Le Burkina Faso entre révolution et démocratie (1983-1993)*, Paris, Karthala, 1997, p. 353.

158 Le sécessionnisme quant à lui désigne la séparation d'une partie du territoire d'un État pour en constituer un autre indépendant. Cela suppose que l'État était au préalable un et indivisible, mais, à un moment donné de l'histoire, une partie de la population a exprimé sa volonté de se détacher et d'avoir une existence à part. Lire utilement : A.-D. OLINGA, « Sécession et dynamiques frontalières : aspects généraux et perspectives africaines », in *La problématique sécuritaire des frontières en Afrique*, Colloque de Yaoundé, 2014, p. 73.

159 L'irrédentisme désigne un mouvement nationaliste actionné par un peuple dans un territoire visant à annexer les peuples sur le territoire d'un autre État avec lesquels ils estiment partager des liens identitaires. Lire utilement : S. AWENEGO DALBERTO, « Frontières et indépendance en Afrique

subsaharienne. Compte rendu du colloque », *Afrique Contemporaine*, n° 235, 2010, p. 73.

160 À titre illustratif, au Mali, et ce depuis 2012, la crise a atteint son apogée avec l'implication des djihadistes dans le conflit opposant l'État du Mali au Touareg. La première phase du Conflit va se caractériser par la victoire du MNLA laquelle organisation va déclarer l'indépendance de l'État de l'Azawad. Ces déclarations d'indépendance qui ne sont pas singulières au contexte malien témoignent d'une remise en cause constante de la forme d'État par une partie des gouvernés.

161 Lire dans ce sens l'article 64 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée ; lire également l'article 4 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992 modifiée.

162 Cette limite fait l'objet de généralisation dans les Constitutions africaines. On peut citer respectivement : l'article 240 de la Constitution congolaise du 06 novembre 2015 ; l'article 116 de la Constitution du 21 mars 1991 modifiée ; l'article 118 de la Constitution malienne du 27 février 1992 ou encore l'article 175 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010.

163 S. KARAGIANIS, « Les révisions impossibles. L'obstacle temps et les Constitutions », RDP, n° 4, 2002, p. 1088 ; dans le même ordre d'idées, lire B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », RFDA, 1998, p. 910.

164 Le principe de l'intangibilité des frontières est généralement étiqueté comme étant la traduction de la conception africaine de *l'uti possedetis*. Sa consécration est consécutive à la résolution du Caire du 22 juillet 1964 adoptée par la Conférence des Chefs d'États africains. Par définition, il fait référence à la stabilisation des frontières héritées de la colonisation. Ce qui signifie que les frontières en question sont immuables et ne peuvent subir des modifications. Lire utilement : M. KAMTO, « L'affaire de la délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée Bissau (sentence du 14 février 1980) », *Revue Égyptienne de Droit International*, vol. 41, 1985, p. 98.

165 Au Cameroun, la crise dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest, majoritairement anglophones, est un exemple marquant de velléités sécessionnistes. Ces tensions remontent à la fusion en 1961 des anciennes colonies française et britannique, un processus qui, selon certains, a conduit à une marginalisation progressive de la minorité anglophone. La crise s'est intensifiée en 2016 avec des revendications initialement corporatistes (avocats, enseignants) qui se sont rapidement transformées en

un mouvement sécessionniste armé. Les séparatistes ont proclamé l'indépendance d'un État qu'ils appellent « Ambazonie » et ont mené des activités militaires contre l'État camerounais. Cette situation illustre comment une partie de la population remet en question l'intégrité territoriale de l'État sans passer par un processus constituant, mais par la violence, contestant ainsi le contrat social et l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation. Sur cette situation, lire utilement N. MACHIKOU, « Utopie et dystopie ambazoniennes : Dieu, les dieux et la crise anglophone au Cameroun », *Politique Africaine*, n° 150, 2018, p. 115-128.

166 Au Sénégal, la crise en Casamance, au sud du pays, est un exemple de conflit sécessionniste. Depuis 1982, le Mouvement des Forces démocratiques de Casamance (MFDC) mène une lutte armée pour l'indépendance de cette région, qu'il estime marginalisée économiquement et culturellement par rapport au reste du Sénégal. Bien que des efforts de paix aient été faits, le conflit, bien que moins intense qu'à ses débuts, a persisté pendant des décennies, avec des affrontements sporadiques et des déplacements de populations. Le cas sénégalais montre également une remise en cause de l'assise territoriale de l'État par un mouvement armé, en dehors des voies légales et consensuelles de redéfinition du contrat social. Par rapport à cette crise, lire H. DRAMÉ, « Décentralisation et Enjeux Politiques. L'Exemple du Conflit Casamançais (Sénégal) », *Bulletin de l'APAD*, 1998, p. 1.

167 A.-G. EWANE BITEG, « L'obligation de respect de la Constitution dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2023, p. 4.

168 Lire utilement : l'article 37 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée ; l'article 63 de la Constitution centrafricaine du 30 août 2023 ou encore, l'article 44 de la Constitution ivoirienne du 08 novembre 2016 modifiée.

169 On peut se référer au préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée, l'article 53 de la Constitution de RDC du 18 février 2006 modifiée ou encore, à l'article 57 de la nouvelle Constitution tchadienne.

170 Article 34 de la Constitution du 11 décembre 1990.

171 Article 23 de la Constitution du 30 mars 2016.

172 Articles 1 et 28 de la Constitution du 08 novembre 2016.

173 Article 22 de la Constitution.

174 Le vocable révisionnisme constitutionnel désigne à la fois l'inflation révisionniste et la fréquence des révisions abusives et frauduleuses. Lire utilement : D.-G. LAVROFF, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », RFDC, n° 2, HS, 2008, p. 55 ; Lire également dans le contexte africain : B. Kanté, « Le Sénégal, un exemple de continuité et d'instabilité constitutionnelle », *Revue juridique politique et économique du Maroc*, 1989, p. 147 ; F.-J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », RDP, n° 1, 2012, p. 151 ou encore, J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Rigidité et instabilité constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Afrique Juridique et Politique*, vol. 2, n° 2, 2006, p. 63.

175 J.-M. BIKORO, *Le temps en droit constitutionnel africain*, op. cit., p. 311.

176 J.-M. BIKORO, « La cessation anticipée du mandat des juges constitutionnels dans les États d'Afrique francophone », *Droit public Comparé*, n° 1, 2023, p. 25.

177 B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, op. cit., p. 380.

178 G. CONAC, « Les Constitutions des États d'Afrique et leur effectivité », op. cit., p. 400.

179 Y.-S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les États d'Afrique : crise du constitutionnalisme ou constitutionnalisme de crise », *Palabres actuelles, Revue de la Fondation Raponda Walker*, n° 6, 2013, p. 157.

180 C. MONEMBOU, « La séparation des pouvoirs civil et militaire dans le constitutionnalisme africain », in Adama KPODAR et Dodzi KOKOROKO (dir.), *L'État inachevé, mélanges en l'honneur du professeur Koffi Ahadzi-Nonou*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 727-742.

181 A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2013, p. 12.

182 Si l'on s'appuie sur la dernière décennie du constitutionnalisme africain, le constat qui se dégage est que les changements anticonstitutionnels de gouvernement sont généralement marqués par une liesse populaire de forte amplitude. Ça et là, le peuple descend dans la rue pour acclamer les auteurs du coup de force ayant mis fin au mandat d'organes régulièrement désignés. Un tel comportement a été récemment perçu au Gabon et au Niger alors même que les lois fondamentales des pays en question proscrivaient la prise du pouvoir par l'armée.

183 On peut définir un Accord politique comme un Accord conclu entre les acteurs majeurs ou protagonistes de la crise dans l'optique de la dénouer. Lire utilement : J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RASJ*, vol. 4, n° 1, 2007, p. 235.

184 P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les Accords politiques dans les États africains : réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de McGill*, n° 57, 2012, p. 926.

185 F.-J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, 2012, p. 166.

186 P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les Accords politiques dans les États africains : réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de McGill*, n° 57, 2012, p. 926.

187 On doit à Carl Schmitt la définition de l'anéantissement de la Constitution. Selon ce dernier, ce vocable fait référence à l'« abrogation de la Constitution en place [...] accompagnée de l'abrogation du pouvoir constituant qui la fondait ». Il convient de relever que c'est le procédé qui est fréquent dans les crises touchant les États africains car, les Constitutions de transition mettent en place un pouvoir constituant sans le peuple. Lire utilement : C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 237.

188 L'abrogation de la Constitution des Comores du 20 octobre 1996 a lieu par le biais de la Charte constitutionnelle du 6 mai 1999 édictée par l'Armée nationale de Développement en réaction à la grave crise sécessionniste qui menaçait l'intégrité du pays et notamment, au niveau des îles d'Anjouan et de Mohéli.

189 L'abrogation de la Constitution du 15 mars 1992 de la République du Congo a été effectuée au travers de l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 dans un contexte marqué par la guerre civile.

190 S.-M. OUEDRAOGO et D. OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : du contexte au texte de la Charte de la transition », *op. cit.*, p. 9.

191 I. EBA NGUEMA, « Le mal constitutionnel gabonais de 2009 à 2023 », *RDP*, 2024, p. 9.

192 X.-S. COMBORTHECRA, *La conception juridique de l'État*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1899, p. 1.

- 193 G. BURDEAU, « L'État entre le consensus et le conflit », *op. cit.*, p. 66.
- 194 G. BURDEAU, « L'État entre le consensus et le conflit », *op. cit.*, p. 67.
- 195 M. FOUCHER, « Les questions territoriales et frontalières en Afrique (1964-2010) : la réaffirmation des frontières », in E. ROBIN-HIVERT et G.-H. SOUTOU, *L'Afrique indépendante dans le système international*, Paris, PUPS, 2012, p. 62.
- 196 B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 20.
- 197 M. BLÉOU, « La Constitution et les crises en Afrique : la Constitution jaugée », in Alioune SALL et Ismaëla MADIOR FALL (dir.), *Actualités du Droit public et de la Science politique en Afrique, mélanges en l'honneur de Babacar Kanté*, Dakar, L'Harmattan, 2017, p. 60.
- 198 E. REBOURG, *Les normes constitutionnelles programmatiques en France et en Italie : contribution à l'identification d'un concept*, thèse de doctorat en Droit public, Université de Toulon, 2013, p. 9.
- 199 M. BLÉOU, « La Constitution et les crises en Afrique : la Constitution jaugée », *op. cit.*, p. 60.
- 200 La libération du peuple dont il est question est du ressort psychologique. Durant les trois premières décennies du constitutionnalisme africain, la crainte du Chef et des mesures répressives instituées par les gouvernants a placé le peuple dans une situation de somnolence et de passivité. Il n'osait pas contester les décisions des autorités étatiques devant le juge ce qui expliquait la faiblesse quantitative des recours administratifs. Des cas de revendication étaient aussi de faible importance. Sur le bâillonnement du peuple pendant le constitutionnalisme autoritaire, on peut se référer à : F.-X. MBOME, *Régimes politiques africains*, Yaoundé, Les Éditions Bala, 1990, p. 12.
- 201 Il ne s'agit pas d'un jugement des gouvernants par une instance juridictionnelle, mais plutôt, devant le peuple. En effet, ce dernier, via le droit de résistance à l'oppression se prononce généralement sur les choix de ceux qui les dirigent et si possible détermine le sort qui leur sera réservé. Georges Burdeau souligne à propos que « tous les pouvoirs, sont tributaires du jugement de ceux qu'ils régissent », in *Traité de Science Politique*, tome IV, *Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 1969, p. 496.
- 202 C. Leclercq, « Les libertés publiques en Afrique noire », in Gérard CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique*

francophone et de la République malgache, Paris, Éditions Economica, 1979, p. 223-231.

203 La rue a d'ailleurs pu être perçue comme le théâtre de nombreux changements, l'espace où s'écrit l'histoire dans d'autres contextes et notamment, celui français et américain. Lire utilement pour davantage d'informations la revue *Pouvoirs*, n° 116, 2006, 224 p.

204 Au Mali, la fin des années 1980 a été marquée par une dégradation de la situation économique et une montée de la contestation contre le régime autoritaire du président Moussa Traoré. C'est dans ce contexte que les citoyens ont commencé à investir « la rue » pour exprimer leur opposition. Les manifestations de 1991, qui ont précédé le coup d'État, ont été l'expression la plus visible de cette rupture du consensus entre les gouvernants et les gouvernés. Organisées par des étudiants, des syndicats et des associations de la société civile, ces manifestations dénonçaient le multipartisme de façade, les atteintes aux droits de l'homme, et la mauvaise gestion économique du pays. Face à la répression du pouvoir en place, ces manifestations sont devenues de plus en plus massantes, mobilisant des dizaines de milliers de personnes à travers le pays. Cette pression populaire a créé une situation d'instabilité, et a finalement abouti au coup d'État du 26 mars 1991, mené par le lieutenant-colonel Amadou Toumani Touré. Ce coup d'État a mis fin au régime de Moussa Traoré et a ouvert la voie à une transition démocratique.

205 En République de Guinée, la situation de rupture du consensus a été flagrante en 2008, suite au décès du président Lansana Conté. Le pays était déjà marqué par des années de gouvernance autoritaire et de dégradation des conditions de vie. Les manifestations et les grèves générales qui avaient eu lieu en 2007, malgré une répression féroce, témoignaient d'un profond mécontentement populaire. L'état de santé du président, combiné à la stagnation politique et économique, a nourri un sentiment d'incertitude et une crise de légitimité latente. C'est dans ce contexte de faiblesse des institutions et de discrédit du pouvoir en place que le coup d'État du 23 décembre 2008 est intervenu, quelques heures seulement après l'annonce de la mort du président Conté. Le coup d'État, mené par le capitaine Moussa Dadis Camara, a été largement soutenu par une population lassée de la corruption et de la mauvaise gouvernance. L'armée, en profitant de l'absence de succession constitutionnelle claire et de la rupture de confiance entre les citoyens et les institutions, a pris le pouvoir,

mettant fin de manière brutale et anticonstitutionnelle à la troisième République guinéenne.

206 À partir du 09 août 2025, des manifestations ont été organisées pour protester non seulement contre la candidature d'Alassane Ouattara, président sortant désireux de briguer un quatrième mandat, mais aussi contre l'inéligibilité de plusieurs leaders de l'opposition, dont Laurent Gbagbo, Tidjane Thiam et Charles Blé Goudé, qui ont été exclus du scrutin.

207 Au Burkina Faso, la tentative de suppression de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels par le biais d'une révision constitutionnelle a poussé le peuple à se soulever et à descendre dans la rue au point de renverser le Président Blaise Compaoré le 31 octobre 2014.

208 Le droit constitutionnel pénal désigne une conception du droit constitutionnel en tant que cadre de référence qui fonde, oriente, organise et adapte la répression pénale. Au-delà d'une simple juxtaposition des deux matières, il exprime une véritable métamorphose du droit constitutionnel, dont l'influence s'étend désormais à la répression pénale, elle-même élargie à l'espace de la vie politique que le droit constitutionnel encadre. Pour une appréhension plus affinée des contours du droit constitutionnel pénal, lire utilement M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 845 p.

209 La démocratie consociative est un modèle de gouvernance qui vise à gérer la diversité dans les sociétés plurielles. Cette approche de la démocratie repose sur le partage du pouvoir politique entre les représentants des différents groupes, un veto mutuel, en particulier pour les questions importantes et une représentation proportionnelle des ethnies au sein des pouvoirs publics et dans les administrations. La multiplication des rencontres à l'échelle nationale permettrait dès lors une prise en compte davantage poussée des points de vue des différents groupes ethniques. Sur la démocratie consociative, lire utilement A. ONDOUA, « La population en droit Constitutionnel. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 94.

RÉSUMÉS

Français

L'un des marqueurs du renouveau constitutionnel africain est sans aucun doute, la priorisation affichée du consensus dans la production constitutionnelle et dans l'exercice du pouvoir. Dès le début des

années 1990, l'on a inauguré la procédure constituante inclusive marquée par le passage de l'écriture unilatérale à l'écriture multilatérale des textes constitutionnels. C'est aussi à partir de ce moment que l'ingénierie constitutionnelle a commencé à envisager de nombreuses situations dans lesquelles, le consensus entre gouvernants et gouvernés ou entre pouvoirs institués est indispensable. La volonté d'enracinement de la démocratie et de pacification de l'État est ainsi palpable. Seulement, à l'épreuve des faits, il y a comme une altération du consensus qui sous-tend à plusieurs égards, l'instabilité de la plupart des États visés par cette étude.

English

One of the hallmarks of Africa's constitutional renewal is undoubtedly the prioritization of consensus in the production of constitutions and the exercise of power. In the early 1990s, the inclusive constituent procedure was inaugurated, marked by a shift from unilateral to multilateral drafting of constitutional texts. It was also at this point that the content of constitutions began to take into account the many situations in which consensus between rulers and governed, or between instituted powers, is essential. The will to entrench democracy and pacify the State is thus palpable. However, when the facts are put to the test, there is a kind of trivialization of consensus which, in many respects, underlies the instability of most of the states covered by this study.

INDEX

Mots-clés

consensus, constitutionnalisme, légitimité, instabilité, démocratie

Keywords

consensus, constitutionalism, legitimacy, instability, democracy

AUTEUR

Jean Mermoz Bikoro

Jean Mermoz Bikoro est agrégé des facultés de droit et Maître de conférences à l'Université de Yaoundé II (Cameroun)

Recension

As you like it*... À propos de deux ouvrages récents parus en Italie sur le droit administratif dans le contexte de l'Union européenne

Delphine Costa

DOI : 10.35562/droit-public-compare.797

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

RÉFÉRENCE(S) :

S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, Turin, Giappichelli, 2024, 393 p.

D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *EU Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Elgar European Law, 2024, 282 p.

PLAN

1.

Les enjeux du droit administratif européen

1.

1.

Des publications aux structures distinctes

1.2.

Des ouvrages aux enseignements complémentaires

2.

Une discipline en constante évolution

2.1. Droit administratif européen ou droit administratif de l'Union européenne ?

2.2. Par-delà le droit administratif européen...

TEXTE

*As you like it (*Comme il vous plaira*) est une pièce de William Shakespeare (1564-1616), écrite en 1599 et publiée dans le *First Foliot* de 1623 (*Mr. William Shakespeare's Comedies, Histories, & Tragedies*, Edward Blount, William & Isaac Jaggard, 1623, 900 p.).

- 1 La parution simultanée de deux ouvrages consacrés, en Italie, l'un au droit administratif européen, *Manuale di diritto amministrativo europeo* sous la direction de Sveva Del Gatto et Giulio Vesperini¹, et l'autre au droit administratif de l'Union européenne, *EU Administrative Law*, de Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller², invite à réfléchir à l'émergence dans notre tradition juridique d'une nouvelle discipline juridique. Les deux ouvrages sont si différents qu'ils donnent l'occasion non seulement de les comparer entre eux mais aussi de montrer toutes les potentialités qu'abrite précisément le champ d'un droit administratif situé dans le contexte de l'Union européenne. La comparaison des deux publications souligne la nécessité commune d'exposer les enjeux d'une discipline en plein essor, un droit administratif dans une orbite européenne (1) tandis que, précisément, leur confrontation signale la contingence d'une discipline émergente, dont l'évolution est constante (2).

1. Les enjeux du droit administratif européen

- 2 Les deux ouvrages sont nés d'une nécessité commune : exposer le droit administratif européen, lequel fait l'objet d'enseignements nombreux en Italie, dont sont précisément spécialistes leurs auteurs. Les uns soulignent « l'importance croissante accordée à cette discipline, qui résulte à son tour de la prise de conscience de plus en plus ancrée au sein des institutions européennes elles-mêmes qu'une mise en œuvre correcte et efficace du droit européen par l'administration de l'UE et les administrations nationales opérant dans le cadre communautaire est une condition essentielle pour réaliser l'intégration et atteindre les objectifs qui sous-tendent la création de l'ordre juridique européen³ ». Les autres se réfèrent, dans leur

préface, au paradoxe de Thésée relevé par Plutarque : un bateau restauré intégralement demeure-t-il toujours le même bateau⁴ ? Que ce paradoxe s'applique à un navire, une chaussette ou au système juridique européen, un même constat surgit : le changement est davantage réel que l'objet de ce changement. Et alors pourtant que les deux ouvrages abordent le droit administratif européen de manière radicalement différente, ils ont pour ambition conjointe de faire état des évolutions de cette discipline. Si ces deux publications sont structurées distinctement (1.1.), les enseignements qu'il est possible d'en tirer se complètent pourtant sensiblement (1.2.).

1.1. Des publications aux structures distinctes

- 3 En premier lieu, le *Manuale di diritto amministrativo europeo* est un ouvrage collectif, rédigé en langue italienne, coordonné par deux professeurs de droit administratif et public, comme le sont la grande majorité des auteurs qui ont contribué à l'ouvrage, au nombre de vingt. Les coordonnateurs ne se sont pas contentés de réunir les contributions des auteurs, mais ont imaginé le plan de l'ouvrage et ont rédigé l'introduction ainsi que la présentation, sous forme de synthèse problématisée, de chaque partie, comportant chacune plusieurs chapitres. Les quatre parties s'articulent autour de thèmes qui sont précisément au cœur d'interrogations actuelles car l'idée du Manuel n'est pas d'exposer le droit administratif européen dans sa complétude, mais de faire saillir les difficultés contemporaines que traverse la discipline et les réponses qu'y apportent tant le droit de l'Union européenne que les droits administratifs nationaux.
- 4 La première partie porte sur les bases de l'intégration administrative européenne en examinant cinq thèmes : la primauté du droit européen sur les droits nationaux ; les modalités de l'intégration dans l'ordre juridique européen ; la notion européenne d'État de droit et la protection des droits fondamentaux ; le principe de proportionnalité et le principe de subsidiarité.
- 5 La deuxième partie étudie la mise en œuvre conjointe du droit européen au travers des chapitres suivants : l'administration nationale au regard de l'Union européenne ; les organismes

composites, comités et agences ; la composition des systèmes administratifs communs ; les procédures composites.

- 6 La troisième partie s'intéresse à la procédure administrative et aux recours non juridictionnels portés à l'encontre de l'action administrative illégitime : sont étudiés le droit de la participation ; la transparence dans le droit administratif européen ; la garantie juridictionnelle et le recours en manquement.
- 7 La dernière partie met en exergue plusieurs exemples d'interventions sectorielles de l'Union européenne : les aides d'État ; le droit de la concurrence ; le développement durable et la protection de l'environnement ; le contrôle des financements privés ; la gouvernance européenne des politiques économiques et la politique budgétaire des États membres.
- 8 En somme, cet ouvrage se conçoit comme une photographie des difficultés actuelles qui agitent le droit administratif européen, dont il dessine les contours disciplinaires.
- 9 En second lieu, *EU Administrative Law* est une publication rédigée en anglais à quatre mains par deux fins connaisseurs du droit de l'Union européenne et du droit administratif, qui travaillent de longue date ensemble, en Italie, et ont sillonné l'Europe – et le monde – au cours de leur carrière respective. L'ouvrage est subdivisé en dix parties, dont la première s'apparente à une introduction qui revient précisément sur ce qu'est le droit administratif de l'Union européenne, en en cernant l'objet, les fonctions ainsi que les sources, avec une vision d'un droit administratif de l'Union européenne non pas figé mais en évolution constante.
- 10 Ensuite, c'est la fonction exécutive de l'Union européenne qui fait l'objet d'un examen approfondi, non seulement dans son exercice proprement dit mais aussi au travers de ses modalités juridiques de prise de décision. Puis, ce sont les relations entre l'Union européenne et le droit des États membres qui sont étudiées du point de vue des sources, de l'articulation entre elles ainsi que des questions de coopération et de multilinguisme. Les actes de l'Union européenne sont après examinés selon leurs caractéristiques propres, de manière détaillée. L'approche s'inverse alors dès lors que le droit administratif des États membres est scruté en relation avec la fonction exécutive

de l'Union européenne, en distinguant les divers systèmes juridiques nationaux.

- 11 Les principes du droit administratif européen sont par la suite énoncés : la primauté, la légalité, la proportionnalité, la protection de la confiance légitime, l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité, les libertés de circulation, la reconnaissance mutuelle, le principe de précaution... Une approche organique suit en détaillant les institutions de l'Union européenne. Subséquemment, la procédure administrative est étudiée au travers du principe du droit à la bonne administration. Le principe de transparence et l'accès aux documents administratifs sont alors détaillés en insistant sur leur utilité. Enfin, les recours juridictionnels sont mentionnés dans la double perspective des juridictions européennes et des juridictions nationales se comportant comme telles.
- 12 Par conséquent, cette publication se veut comme un exercice réflexif sur les ressorts intimes d'une discipline émergente, que nourrit l'approche comparatiste des auteurs. Elle complète donc avantageusement la précédente.

1.2. Des ouvrages aux enseignements complémentaires

- 13 La concomitance de la parution de deux ouvrages, en Italie, sur le droit administratif européen ou de l'Union européenne pourrait laisser penser seulement à une saine concurrence entre les deux ; mais, en réalité, les deux publications ne sont nullement redondantes, mais bien plutôt complémentaires, alors même qu'elles traitent le plus souvent d'objets d'étude similaires.
- 14 Ainsi, certains développements de chacun des deux ouvrages se répondent entre eux : quand sont examinés les principes de primauté, proportionnalité et subsidiarité, dans la première partie de l'ouvrage coordonné par Sveva Del Gatto et Giulio Vesperini, de manière segmentée par plusieurs auteurs⁵, ces mêmes principes sont examinés à des moments différents de la réflexion menée par Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller. Dans leur ouvrage, la primauté est resituée dans les relations qu'entretient l'Union européenne avec les États membres, comme, du reste, la subsidiarité⁶, tandis que la

proportionnalité s'inscrit dans l'étude des principes du droit administratif de l'Union, au même titre que la légalité ou le principe de confiance légitime⁷.

- 15 D'autres illustrations témoignent de ce que les deux ouvrages examinent des questions analogues, s'agissant par exemple du respect des droits humains⁸ ou de la transparence administrative⁹. C'est dire que si les matériaux étudiés sont identiques, c'est bien l'approche choisie pour en traiter qui diverge et c'est en cela que les deux ouvrages se complètent harmonieusement.
- 16 En effet, la méthodologie arrêtée dans chaque ouvrage leur est propre. D'un côté, Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller retiennent une approche fonctionnelle du droit administratif de l'Union européenne, qui leur permet de « comprendre et évaluer [le] cadre institutionnel [de l'Union européenne] et ses procédures de prise de décision¹⁰ ». C'est donc à travers un prisme fonctionnel que les auteurs exposent l'ensemble de ce droit administratif particulier, qui se nourrit des droits administratifs des États membres mais en est en même temps distinct. Ils intègrent donc l'étude des politiques sectorielles à l'examen institutionnel du droit de l'Union européenne, ce qui en fait l'une des particularités didactiques. En somme, ces auteurs adoptent une approche globalisante du droit administratif de l'Union européenne dont ils déterminent les contours à travers une analyse pragmatique de ses fonctions, en mêlant droit institutionnel et matériel de l'Union européenne.
- 17 D'un autre côté, l'ouvrage coordonné par Sveva Del Gatto et Giulio Vesperini rejette toute prétention à l'exhaustivité et se concentre davantage « sur les principales problématiques qui intéressent l'intégration entre l'administration européenne et les administrations nationales ainsi qu'entre le droit administratif européen et les droits administratifs nationaux¹¹ ». Cela explique l'approche thématique que retient l'ouvrage, qui distingue les approches institutionnelles, en deuxième partie, et substantielle, en première, troisième et dernière parties. La divergence de points de vue entre les deux ouvrages est particulièrement notable s'agissant des politiques sectorielles, qui, dans cet ouvrage collectif, font l'objet de la dernière partie.
- 18 Les deux ouvrages se complètent donc de manière bénéfique pour le lectorat, qui trouvera tout à la fois une approche globalisante et

fonctionnelle du droit administratif de l'Union européenne, nourrie des comparaisons avec les droits administratifs des États membres, et une approche thématique et matérielle du droit administratif soit de l'Union, soit de ses États membres, opérée par plusieurs auteurs spécialistes de chaque thème abordé.

- 19 Ainsi, pour qui voudrait, par exemple, parfaire sa connaissance du recours en manquement, il en trouvera trace dans EU *administrative law* dans la dernière partie de l'ouvrage qui porte sur les recours juridictionnels à l'encontre de l'action exécutive – de l'Union et de ses États membres¹² – alors qu'il en aura une vision plus ample dans le *Manuale di diritto amministrativo europeo*, qui y consacre un plein chapitre¹³.
- 20 Et pour qui souhaiterait mieux articuler les droits administratifs nationaux à la fonction exécutive de l'Union européenne, le cinquième chapitre de l'ouvrage de Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller y est entièrement consacré¹⁴, tandis que le Manuel collectif de droit administratif européen examine la mise en œuvre du droit de l'Union européenne par les administrations nationales¹⁵, tout en distillant çà et là des éléments témoignant de la déconcentration de l'administration européenne au travers des administrations nationales, différenciant ainsi administration directe et indirecte¹⁶. Les illustrations pourraient se multiplier, qu'elles concernent les organes composites¹⁷ ou les garanties juridictionnelles¹⁸.
- 21 En somme, la connaissance du droit administratif de l'Union européenne et des droits administratifs nationaux dans un contexte européen ressort grandement améliorée de la lecture combinée des deux ouvrages présentement recensés. Une telle lecture incite également la doctrine française à s'interroger sur un champ disciplinaire qui évolue à mesure que l'Union européenne se construit, ce qui le rend contingent, voire insaisissable : le droit administratif européen et/ou de l'Union européenne s'avère, en France, largement impensé.

2. Une discipline en constante évolution

- 22 À l'exception notable du *Traité de droit administratif européen*¹⁹, dont la troisième édition date de 2022 et qui est, comme les précédentes, éditée en Belgique, et d'un opus dont les caprices de l'éditeur occultent son véritable objet²⁰, aucun autre ouvrage ne traite actuellement, en langue française, de droit administratif dans l'orbite du droit de l'Union européenne. Les précurseurs avaient bien exposé par le passé les *Administrations comparées [...] de l'Europe des douze*²¹ ainsi que le *Droit administratif des États européens*²², adoptant tour à tour une posture de droit comparé ou de droit étranger²³, mais pour appréhender le droit administratif européen, il fallait savoir lire l'anglais²⁴, l'italien²⁵ ou encore l'allemand²⁶, heureusement traduit en français.
- 23 Car les initiatives ne manquent pas, sur le sol européen, pour confronter droit administratif et Europe, qu'il s'agisse de la tentative d'élaborer un code de procédure administrative, dans le cadre du projet ReNEUAL²⁷, ou bien encore des travaux financés par le Conseil Européen de la Recherche (ERC) sur le *Common Core of European Administrative Law (CoCEAL)*²⁸. En dépit de l'intérêt à la fois théorique et pratique d'un champ disciplinaire fécond, il semble donc que la doctrine administrativiste et européeniste française soit en retrait de ses congénères européennes. La parution en Italie, terre d'élection de nombre d'études de droit administratif global²⁹, européen ou de l'Union européenne, de deux ouvrages, simultanément, sur le droit administratif européen et de l'Union européenne invite ainsi à scruter ce que recouvre ce champ disciplinaire (2.1.), mais aussi à en élargir la focale (2.2.).

2.1. Droit administratif européen ou droit administratif de l'Union européenne ?

- 24 Cette interrogation primordiale est posée par Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller dans la première partie de leur ouvrage : ils

soulignent que pour une partie de la doctrine, il est nécessaire de ne prendre en considération que le droit administratif de l'Union européenne, qui se distinguerait du droit constitutionnel de l'Union et des politiques européennes, alors que pour d'autres auteurs, le droit administratif européen engloberait tout à la fois le droit administratif de l'Union et celui des États membres dès lors qu'il serait influencé par le droit de l'Union³⁰.

- 25 Les deux points de vue, l'un étroit et l'autre large, nourrissent l'ambiguïté de qui souhaite tracer les contours du droit administratif dans le contexte de l'Union européenne. Au demeurant, l'ouvrage collectif coordonné par Sveva Del Gatto et Giulio Vesperini entretient cette ambivalence en raison de la pluralité des contributeurs, lesquels adoptent alternativement ces deux points de vue, selon la thématique exposée³¹.
- 26 Certes, l'étonnement est grand que la doctrine française soit peu encline à se saisir du champ disciplinaire offert par le droit administratif européen, hormis les exceptions précédemment rappelées. Sans doute qu'une étude historiographique de la construction des études académiques de droit dans les universités françaises, en comparaison des universités d'autres États européens, à commencer par l'Italie, serait fructueuse, mais le format de la présente recension n'a pas permis de la mener. Une rapide recherche témoigne, néanmoins, de la rareté des cours de droit administratif européen ou de l'Union européenne professés dans les établissements hexagonaux³². En outre, lorsqu'un colloque se tient sur le sujet, c'est pour confronter les droits administratifs français et de l'Union européenne, laissant suspecter que les deux seraient hermétiques l'un à l'autre davantage que potentiellement hybridés³³.
- 27 Précisément, la parution des deux ouvrages ci-devant recensés invite à tenter de cerner le périmètre de chacune de ces catégories disciplinaires, droit administratif européen, d'un côté, de l'Union européenne de l'autre. Vingt ans en arrière, Sabino Cassese, l'un des auteurs italiens les plus prolifiques sur la question, se demandait déjà si « le droit administratif européen présent[ait] des caractères originaux³⁴ » : insistant sur le caractère « polycentrique³⁵ » de l'Union européenne, dès lors qu'elle agit directement ou par le biais des administrations nationales, mais sans

administrations déconcentrées, il distinguait « quatre corps normatifs » formant le droit administratif européen³⁶. À côté des dispositions européennes relatives à l'administration européenne et de leurs homologues nationales se rapportant aux administrations nationales, l'auteur isolait des principes de droit européen concernant les administrations nationales et inversement des règles de droit national appliquées par l'Union à son administration. Il en déduisait que « l'articulation » en découlant était « singulière³⁷ » en ces termes : « Quant à la source, les droits administratifs nationaux contribuent à la formation de principes du droit administratif communautaire, tandis que, dans le sens contraire, ce dernier dicte des principes qui doivent être respectés par les droits administratifs nationaux³⁸. » En somme, le droit administratif européen est composite et intervient à deux niveaux, « l'un commun et l'autre différencié³⁹ ». C'est dans ce sillage que s'inscrit, principalement, l'ouvrage coordonné par Sveva Del Gatto et Giulio Vesperini.

28 Par ailleurs, le droit administratif de l'Union européenne se réfère à la fonction exécutive de l'Union, ainsi qu'en témoigne l'entier ouvrage de Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller⁴⁰. Non seulement telle est leur démonstration dès lors qu'ils définissent leur objet d'étude, en première partie, mais tel est encore leur propos quand ils examinent, par la suite, les actes administratifs de l'Union européenne⁴¹ ou bien encore le droit administratif des États membres comme instrument de la fonction exécutive de l'Union⁴². L'approche fonctionnelle que retiennent les auteurs les autorise à adopter une vision intégrale du droit administratif de l'Union, dans le sens où, à aucun moment, n'est omise la place que tiennent les droits administratifs nationaux dans son giron ; bien au contraire, en dépit de leurs différences, les droits administratifs des États membres, comme, au demeurant, les administrations nationales, font entièrement partie du système administratif de l'Union européenne ainsi examiné, dès lors que c'est la fonction exécutive européenne qui est leur principal objet d'étude⁴³.

29 Loin de se contredire, les deux approches, l'une matérielle du droit administratif européen, l'autre fonctionnelle du droit administratif de l'Union européenne, se complètent et s'enrichissent. Il n'est, du reste, pour s'en convaincre que de comparer les denses références

doctrinales et jurisprudentielles qui jalonnent les deux ouvrages présentement recensés, lesquelles se répondent très largement et renseignent avec bénéfice le lectorat⁴⁴. Ainsi, tant le *Manuale di diritto amministrativo europeo* que l'opus sur *EU Administrative Law* apportent au droit de l'Union européenne en même temps qu'au droit administratif des États membres. Mais ces ouvrages invitent, en sus, à dépasser leur objet d'étude pour tenter d'aller au-delà de ses frontières.

2.2. Par-delà le droit administratif européen...

30 La rentrée universitaire n'a rien à envier à la rentrée littéraire : la moisson d'ouvrages nouveaux est riche autant que diverse. Et si le printemps a vu concourir, en Italie, les deux livres qui sont présentés dans ces lignes, l'automne voit paraître, sous la direction d'auteurs français et belges et la plume d'auteurs européens, une œuvre originale, un *Traité de droit administratif transnational*⁴⁵. Selon Émilie Chevalier et Yseult Marique, dans l'introduction de cet ouvrage, l'ambition de ce dernier est de « cartographier une nouvelle discipline juridique en devenir⁴⁶ », axée sur des « situations administratives transnationales⁴⁷ », en référence « au[x] situation[s] juridique[s] [...] qui met[tent] en scène des sujets de droit relevant de deux ou plusieurs droits nationaux, l'un de ces sujets au moins étant une administration⁴⁸ ». La spécificité du droit administratif transnational au regard du droit administratif européen tient précisément au fait que le premier s'abstrait des frontières qui délimitent, en revanche, le second ; en outre et logiquement, l'approche pragmatique du droit administratif transnational autorise des liens avec le territoire européen mais peut aussi bien s'en éloigner⁴⁹. Quoique les deux disciplines de droit administratif transnational et européen soient distinctes, elles ont pour conséquence, néanmoins, toutes deux de « contribue[r] à un renouvellement académique et conceptuel⁵⁰ » de l'administration, ce qui est nécessairement salubre pour tout universitaire qui s'interroge précisément sur cette dernière et ses évolutions.

31 Dans leurs conclusions sur cet ouvrage, Jean-Bernard Auby et Olivier Dubos soulignent les liens entre droit administratif transnational et

Union européenne : « le droit dérivé [de celle-ci] regorge en effet de mécanismes d'administration transnationale : reconnaissance mutuelle des actes administratifs, coopérations administratives en matière d'environnement et de fiscalité⁵¹... » Et ils constatent également à quel point le droit administratif s'enrichit de la transnationalité, qu'il s'agisse des services publics, des actes administratifs ou des procédures administratives comme aussi des agents publics, de la responsabilité administrative ou du règlement des litiges administratifs⁵². Précisément parce que le droit administratif transnational est déterritorialisé, il se rapproche davantage du droit international privé ou pénal que du droit administratif européen⁵³. Ouvrage tant pragmatique que prospectif, le *Traité de droit administratif transnational* est une invitation à élargir les perspectives de tout administrativiste curieux, comme le font également les œuvres recensées présentement, tant *EU Administrative Law* de Diana-Urania Galetta et Jacques Ziller que le *Manuale di diritto amministrativo europeo* coordonné par Sveva De Gatto et Giulio Vesperini.

- 32 En conclusion, c'est « comme il vous plaira⁵⁴ » puisque les universitaires italiens offrent le choix entre deux ouvrages aux approches différentes mais complémentaires, qui incitent à outrepasser une vision stato-centrée du droit administratif national. Et si, inspiré par Shakespeare, le monde du droit administratif était un théâtre, alors il connaîtrait plusieurs âges : le droit hexagonal serait l'écolier, l'Européen l'amoureux et le droit administratif transnational le soldat ou le juge, en espérant toutefois qu'il n'atteigne pas « la seconde enfance », où il se trouverait « sans dents, sans yeux, sans goût, sans rien⁵⁵ ».

NOTES

1 S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, Turin, Giappichelli, 2024, 393 p.

2 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *EU Administrative Law*, Cheltenham/Nothampton, Edward Elgar Publishing/Elgar European Law, 2024, 282 p.

- 3 S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, spécifiquement p. XIX : « la crescente importanza assunta della materia, frutto, a sua volta, della consapevolezza sempre più radicata nelle stesse istituzioni europee che una corretta ed efficace attuazione del diritto europeo da parte dell'amministrazione dell'UE et delle amministrazioni nazionali opranti in funzione comunitaria è la condizione essenziale per realizzare l'integrazione e conseguire gli obiettivi sottesi alla nascita dell'ordinamento europeo » (traduction de l'autrice).
- 4 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, spécifiquement p. XIII : « In his philosophical essay, Plutarch asked whether a ship that had been restored by replacing every single wooden part remained the same ship. » (« Dans son essai philosophique, Plutarque se demandait si un navire dont toutes les pièces en bois avaient été remplacées restait le même navire. » Traduction de l'autrice.)
- 5 In S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.* : S. CIVITARESE MATTEUCCI, « La primazia del diritto europeo nei riguardi del diritto nazionali e i controllimiti », p. 9-30 ; A. MAGLIARI, « Il principio di proporzionalità », p. 73-90 ; B. BOSCHETTI, B. VIMERCATI, « Il principio di sussidiarietà », p. 91-110.
- 6 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 71 et p. 78, au sein de la troisième partie relative à : « The relationship between UE and Member States' law », p. 61-93.
- 7 *Ibid.*, p. 129, p. 125 et p. 134, au sein de la sixième partie portant sur « Principles of EU administrative law », p. 121-143
- 8 B. RANDAZZO, « La nozione europea di Stato di diritto e la tutela integrata dei diritti fondamentali », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 51-72 ; D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, spécifiquement p. 129.
- 9 M. BOMBARDELLI, « La trasparenza del diritto amministrativo europeo », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 215-233 ; D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, neuvième partie, « Transparency and access to documents », p. 223-251.
- 10 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 8, plus largement : « It is only by understanding what the EU is supposed to do and what it may or may not do in legal terms that one can understand and assess its institutional setting and the decision-making, reviewing, and accountability-securing procedures. This is the reason why this book takes account of the law of sectoral policies of the EU when describing and explaining its institutions. » (Traduction de l'autrice.) Les auteurs ajoutent : « This is also the reason why

we look at the administrative law of the Member States and make every effort to take into account not only the similarities but also the variations among their systems. »

11 S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. XIX : « Nella scelta dei temi da trattare si è deciso di non perseguire l'obiettivo della completezza, ma di concentrarsi sulle principali problematiche riguardanti l'integrazione tra l'amministrazione europea e le amministrazioni nazionali e tra il diritto amministrativo europeo e i diritti amministrativi nazionali. »

12 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 252 sq., spécifiquement p. 256-257.

13 M. TRIMARCHI, « Il procedimento di infrazione », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 255-276.

14 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 103-120.

15 H. CAROLI CASAVOLA, « L'amministrazione nazionale in funzione dell'Unione europea », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 117-136.

16 Sur cette distinction, comp. D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, spécifiquement p. 33 ; H. CAROLI CASAVOLA, *loc. cit.*, spécifiquement p. 117-118 ; S. VALAGUZZA, « I procedimenti compositi », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, spécifiquement p. 175.

17 Comp. R. CARANTA, « Gli organismi compositi – I comitati e le agenzie », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 137-158 ; D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 175-194.

18 Comp. D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, p. 252-263 ; E. GIARDINO, « La tutela giustiziale », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 235-254.

19 J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), avec la collaboration de É. Chevalier, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2022, 3^e éd., 1118 p. ; les éditions précédentes dataient de 2007 et 2014.

20 I. BOUCOBZA, *La gouvernance administrative européenne – Initiation à l'étude du droit administratif européen*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2017, 134 p.

21 J. ZILLER, avec J.-P. BROUANT, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Paris, Montchrestien, 1993, 511 p.

22 M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2006, 362 p.

- 23 Sur la distinction entre les deux approches de droit étranger ou de droit comparé, comp. P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2016 ; S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2024.
- 24 P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019 [2006], 3^e éd., 860 p.
- 25 G. DELLA CANANEA (dir.), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milan, Giuffrè, 2011 [2006], 3^e éd., 270 p. ; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milan, Giuffrè, 2018 [1999], 2^e éd.
- 26 J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009 [1994], 2^e éd., 1631 p. (traduction de *Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1988, 1439 p.)
- 27 J. ZILLER, J.-P. SCHNEIDER, H. HOFMANN (dir.), *La codification de la procédure administrative de l'Union européenne. Le modèle ReNEUAL*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 360 p.
- 28 Entre autres, G. DELLA CANANEA, *The Common Core of European Administrative Laws. Retrospective and Prospective*, Leiden, Brill, 2023, 248 p. ; [En ligne] < http://www.coceal.it/index.php?option=com_content&view=article&id=31&Itemid=132 >, consulté le 10/09/2025.
- 29 S. CASSESE, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, 136 p. ; G. DELLA CANANEA, *Understanding Global Administrative Law*, Leyde/Boston, Brill/Nijhoff, 2025, 184 p. ; les auteurs italiens ont de longue date publié en langue anglaise ; voir aussi, en France, J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2020, 3^e éd.
- 30 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, spécifiquement p. 1 sq., renvoyant à d'un côté P. CRAIG, *op. cit.* ; J. SCHWARZE, *Administrative Law under European Influence. On the convergence of the administrative laws of the EU Member States*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, 2^e éd. ; d'un autre côté, J.-B. AUBY et J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op. cit.* ; M. P. CHITI et G. GRECO (dir.), *Tratatto di Diritto Amministrativo Europeo*, Milan, Giuffrè, 2007, 2^e éd. (6 vol.).
- 31 Comp. pour une vision étroite, R. CARANTA, *loc. cit.* ; pour une vision large, F. GIGLIONI, « La composizione dei sistemi amministrativi comuni », in S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.*, p. 159-174.

32 Peut être mentionné un cours de « droit administratif européen » à l'Université Paris Nanterre : < <https://formations.parisnanterre.fr/fr/formations-2024-2025/les-formations/master-lmd-05/droit-europeen-master-JWQE6YJZ/droit-de-la-mobilite-des-personnes-JX39H5LD/ue-maitriser-un-domaine-et-ses-methodes-K5QPF74O/ue-maitriser-les-fondamentaux-1-K5QPQ3AE/droit-administratif-europeen-K5QPS6I4.html> >, consulté le 11/09/2025.

33 L. FEILHÈS (coord.), *Un droit « administratif » européen. Regards croisés des droits administratifs français et de l'Union européenne*, préface de F. PICOD et B. PLESSIX, Bruxelles, Bruylant, 2022, 220 p.

34 S. CASSESE, « Le droit administratif européen présente-t-il des caractères originaux ? », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1183 sq.

35 *Ibid.* p. 1187.

36 *Ibid.*, p. 1194.

37 *Ibid.*, p. 1195.

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*, p. 1196.

40 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.*, spécifiquement p. 20.

41 *Ibid.*, p. 94 sq.

42 *Ibid.*, p. 103 sq.

43 *Ibid.*, p. 32 sq.

44 D.-U. GALETTA et J. ZILLER, *op. cit.* : chaque partie comporte des éléments bibliographiques ; en outre, p. 264-272, l'ouvrage est complété par un index jurisprudentiel et normatif très complet et par un index thématique, p. 273-282 ; S. DEL GATTO et G. VESPERINI (dir.), *op. cit.* : chaque chapitre se clôt par des conseils de lecture.

45 J.-B. AUBY, É. CHEVALIER, O. DUBOS et Y. MARIQUE (dir.), *Traité de droit administratif transnational*, Bruxelles, Bruylant, 2025, 729 p. Qu'il soit permis de remercier chaleureusement É. CHEVALIER et Y. MARIQUE de nous avoir transmis l'ouvrage avant de pouvoir en disposer en bibliothèque.

46 É. CHEVALIER et Y. MARIQUE, « Introduction », in J.-B. AUBY, É. CHEVALIER, O. DUBOS et Y. MARIQUE (dir.), *op. cit.*, spécifiquement p. 2.

47 *Ibid.*, p. 3.

48 *Ibid.*, p. 3 : les autrices se réfèrent à J.-B. AUBY, « Singularités du transfrontalier au sein du droit administratif transnational », in G. BACHOUÉ-PEDROUZO et R. COLAVITTI (dir.), *La gouvernance transfrontalière*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 108-109.

49 *Ibid.*, p. 12 sq.

50 *Ibid.*, p. 8.

51 J.-B. AUBY et O. DUBOS, « Conclusions », in J.-B. AUBY, É. CHEVALIER, O. DUBOS et Y. MARIQUE (dir.), *op. cit.*, spécifiquement p. 690.

52 *Ibid.*, p. 692-695.

53 *Ibid.*, spécifiquement p. 695-699.

54 W. SHAKESPEARE, *As you like it* (*Comme il vous plaira*), pièce écrite en 1599, voir note 1.

55 *As you like it*, *op. cit.*, acte II, scène VII, ligne 139, monologue de Jacques : « *All the world's a stage* » (« Le monde entier est un théâtre »), évoquant les sept âges de la vie des hommes et des femmes. Shakespeare y distingue l'enfant (*infant*), l'écolier (*schoolboy*), l'amoureux (*lover*), le soldat (*soldier*), le juge (*justice*), le vieillard et enfin le septième et dernier âge, « c'est la seconde enfance, état d'oubli profond, où l'homme se trouve sans dents, sans yeux, sans goût, sans rien » (« *Is second childishness and mere oblivion, Sans teeth, sans eyes, sans taste, sans everything* »).

AUTEUR

Delphine Costa

Delphine Costa est professeure à Aix-Marseille Université, au Centre de recherches administratives (CRA)

IDREF : <https://www.idref.fr/052556085>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-4078-2508>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/delphine-costa>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000053032795>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/13563714>