

LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES À L'AUNE DES DROITS FONDAMENTAUX

Sous la direction de
Amandine CAYOL & Harold KOBINA GABA

La liberté d'entreprendre et l'accès au barreau dans l'espace UEMOA

Par

Komi WOLOU

*Professeur titulaire de droit privé et Doyen honoraire de la Faculté de droit,
Université de Lomé (Togo)*

L'accès à la profession d'avocat est une question d'importance majeure au carrefour de plusieurs droits fondamentaux en relation avec les besoins vitaux de l'homme. La liberté de travail et la liberté d'entreprendre sont deux facettes d'une même exigence : la liberté professionnelle, un principe de valeur constitutionnelle duquel dépendent d'autres prérogatives de même valeur. La doctrine souligne que la liberté professionnelle se révèle sous la forme de la liberté d'entreprendre lorsqu'elle est « exercée en recourant au travail d'autrui, ou en travaillant soi-même à son propre compte », alors qu'elle prend la forme de la liberté du travail lorsqu'elle est « exercée en travaillant pour autrui »¹. Sous ces deux aspects, cette liberté est indispensable à la réalisation de la dignité humaine, en ce qu'elle concourt à assurer les besoins vitaux de l'homme, le droit à la nourriture et le droit au logement notamment. L'accès à la profession d'avocat s'inscrit sous l'angle de la liberté d'entreprendre, un droit fondamental qui commande son régime.

La liberté d'entreprendre trouve son fondement, dans les États de l'UEMOA, dans les dispositions constitutionnelles, soit directement, soit par renvoi aux textes internationaux auxquels sont parties ces États². L'article 3 du Traité de l'UEMOA dispose que « L'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ». Elle est consacrée en France

1 G. AUZERO, D. BOUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2023, p. 969.

2 Le préambule de la Constitution togolaise renvoie à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les Pactes internationaux du 16 décembre 1966, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981 et l'Acte constitutif de l'Union africaine du 11 juillet 2000.

par le Conseil constitutionnel³ et comprend « non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »⁴. Elle s'entend de la possibilité d'accéder à l'activité indépendante souhaitée. Historiquement, en France, elle prend sa source dans le décret d'Allarde qui consacre la liberté de faire « tel négoce ou d'exercer telle [sic] profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».

Le libre accès à une profession implique l'interdiction des discriminations de toute nature contraires aux droits fondamentaux, notamment en raison de son origine, y compris sociale, de son sexe, de sa couleur, de son âge, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une race, de ses opinions politiques ou philosophiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son statut juridique, de son ascendance nationale. La discrimination s'entend non seulement dans l'érection des entraves en considération des critères susmentionnés que de la faveur accordée du fait des mêmes critères. C'est à la lumière de ces considérations qu'il importe de se demander si les règles d'accès à la profession d'avocat dans les États de l'UEMOA, dans leurs énoncés, leur mise en œuvre par les acteurs et leurs interprétations par les juges, répondent aux exigences de la liberté professionnelle. Le choix de ces États s'explique par l'existence d'un régime commun d'accès à la profession résultant des règlements n° 05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA et n° 001/2019/COM/UEMOA relatif au Certificat d'aptitude à la profession d'avocat dans l'espace UEMOA.

Cette préoccupation est d'un intérêt majeur dans l'espace indiqué pour plusieurs raisons. Antérieurement à l'harmonisation, il y avait des suspicions à l'endroit de certains barreaux auxquels était reproché, à tort ou à raison, un élan de protectionnisme. Ces allégations justifiaient des migrations, de certains États vers d'autres dans ledit espace, des candidats au concours. L'organisation de la formation était, dans d'autres États, confiée à l'université, parfois accusée par le barreau de fraude⁵. L'harmonisation des règles et leur mise en œuvre n'ont pas suffi à tarir ces controverses. Ainsi, à la suite de la délibération dans l'un des États, on pouvait relever dans la presse ce qui suit : « Les résultats de CAPA (Certificat d'aptitude à la profession d'avocat) sont disponibles. Cet examen est désormais organisé par le barreau et comme par hasard presque tous les enfants des avocats ont réussi. C'est aussi contre ce système qu'il faudra se battre pour permettre au brillant fils du pays de Cinkasse ou Djankasse de devenir demain avocat. Il faut mettre fin à ce système de favoritisme dans tous les secteurs de notre pays »⁶.

3 Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

4 Cons. const., n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, *M. Christian S.*

5 C'est le cas du Togo, où une délibération ayant octroyé des points de jury a été considérée comme une fraude et a donné lieu à un procès devant la chambre administrative de la Cour suprême.

6 https://www.facebook.com/story.php/?story_fbid=416145347812703&id=100082517241993.

Le seul fait que de telles déclarations soient possibles est source d'inquiétude, peu importe qu'elles soient fondées ou non. Même à supposer qu'elles soient mal fondées, elles sont source de discrédit sur les lauréats suspectés tous, les bons et les moins bons, d'occuper des positions imméritées et donc usurpées. L'institution elle-même se trouve atteinte dans son image, situation contraire à sa vocation. À supposer cette allégation fondée, la crise serait plus profonde, car le barreau serait en infraction avec la législation, un instrument de discrimination incompatible avec les droits fondamentaux qu'il a pour mission, par ailleurs, de protéger. L'exercice de la profession d'avocat, en effet, repose notamment « sur le respect de la personne et la protection de ses droits fondamentaux, dont celui de ne pas subir de discrimination ou de harcèlement »⁷. À terme, si on n'y prend pas garde, la qualité des avocats pourrait être affectée, car le recrutement se ferait moins sur les mérites que sur les liens des dirigeants de l'institution avec les candidats à la profession. Ce sont les intérêts vitaux des justiciables, les clients, qui légitimement font confiance aux avocats qui seraient compromis.

La tentation des membres du barreau à promouvoir leurs proches peut paraître légitime au regard du besoin de transmission des cabinets, éléments du patrimoine, fruits de nombreuses décennies d'efforts. Il ne fait aucun doute, aux termes de la jurisprudence, que le cabinet et la clientèle d'un avocat représentent des éléments patrimoniaux et relèvent du droit de propriété⁸. Cependant, l'accès à la profession ne peut se réduire à une simple question patrimoniale. Elle met aux prises les droits fondamentaux des citoyens dans leur ensemble et plus particulièrement les candidats à la profession, indépendamment de leur origine sociale, leur ethnie et leurs opinions philosophiques notamment. Au droit de propriété, qui pourrait suggérer le droit de transmettre le cabinet, on peut légitimement opposer la liberté d'entreprendre et l'égalité de chance d'accéder à un emploi. La portée théorique et pratique de cette réflexion est indéniable. Elle s'inscrit dans la recherche des solutions pour garantir la liberté professionnelle dans l'accès à la profession à travers une évaluation de l'existant, appréhendé dans l'affirmation des principes et les conditions de leur mise en œuvre afin de vérifier s'il ne recèle pas des risques d'atteintes aux droits fondamentaux. Il s'agira d'offrir aux candidats des garanties qui mettent aussi les barreaux à l'abri des soupçons de favoritisme ou d'entraves indues.

Les dispositions se rapportant à l'accès à la profession d'avocat peuvent être évaluées dans leurs rapports aux droits fondamentaux à la fois à la lumière des conditions d'organisation, des organes impliqués, des mesures de transparence ou d'atténuation des risques de partialité, tout autant que des incompatibilités d'exercice. S'il est possible de relever, au stade de l'organisation, des risques d'atteinte aux droits de l'homme (I), il est aussi certain que ces atteintes sont déjà avérées s'agissant des incompatibilités d'exercice (II).

7 Préambule du Code de déontologie des avocats au Québec.

8 CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle et a. c. Pays-Bas*, § 41.

I. Des risques d'atteintes aux droits fondamentaux dans l'organisation du CAPA

Ces risques sont évalués sous deux angles. Ils se rapportent à la fois à l'accès à la formation du CAPA (A) et aux structures de formation et d'évaluation (B).

A. Un accès à la formation potentiellement discriminatoire

Deux aspects, essentiellement, méritent une analyse. Il s'agit des conditions financières et de la qualité des dossiers d'admission.

Aux termes de l'article 3 du règlement n° 001/2019/COM/UEMOA relatif au Certificat d'aptitude à la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, « les barreaux, en relation avec les ministères chargés de la Justice, sont responsables de l'organisation du Certificat d'aptitude à la profession d'avocat ». De ce texte, il résulte un monopole des barreaux dans l'organisation du CAPA, moyen exclusif d'accès à la profession d'avocat. Corrélativement, les barreaux sont investis d'une mission de service public en relation avec la formation et l'accès à une profession, deux droits fondamentaux. Il s'en infère plusieurs conséquences. La première est celle de rendre accessible cette formation à un coût raisonnable. En effet, même si la gratuité ne peut être considérée comme un principe général des services publics, on admet que les services publics essentiels puissent fournir gratuitement les prestations⁹. Tel est le cas de l'enseignement public. En France, ce principe a été consacré par le Conseil constitutionnel¹⁰. Aux termes de l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite [...] ». L'accès en pleine égalité proscriit que la situation économique soit un critère prépondérant de sélection. Il en résulte non seulement l'exigence du caractère raisonnable des frais d'inscription dans l'enseignement supérieur public, mais aussi la nécessaire adaptation de ces frais aux capacités financières des candidats, s'agissant surtout d'une institution de formation en situation de monopole.

Outre la Déclaration universelle des droits de l'homme, reconnue par l'ensemble des États concernés, des dispositions internes pertinentes militent en faveur de cette égalité dans l'accès à la formation. Il en est ainsi au Sénégal de l'article 5 de la loi n° 91-22 du 30 janvier 1991 d'orientation de l'Éducation nationale. Ce texte dispose que « L'Éducation nationale est démocratique : elle s'inspire du

9 Ch. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 10^e éd, p. 308.

10 *Ibid.*

droit reconnu à tout être humain de recevoir l'instruction et la formation correspondant à ses aptitudes, sans discrimination de sexe, d'origine sociale, de race, d'ethnie, de religion ou de nationalité ». L'article 16, alinéa 2, de l'annexe de la Constitution togolaise du 6 mai 2024, consacré aux droits fondamentaux, dispose explicitement que « l'État assure progressivement la gratuité de l'enseignement public ». À défaut d'une gratuité immédiate, les frais ne peuvent, sans porter atteinte aux droits fondamentaux, être excessifs. Il est possible de relever déjà cet excès dans le cas du Togo. En effet, les frais d'inscription et de formation cumulés s'élèvent à un million¹¹ (1 000 000 FCFA), soit plus de dix-neuf fois le SMIG. Les coûts de formation dans ce contexte deviennent prohibitifs pour une partie des citoyens, d'autant plus que ni les subventions ni les exonérations en considération des situations individuelles ne sont prévues. En cas d'échec, la réinscription devient pour une grande partie un obstacle majeur. L'exercice d'un droit étant soumis à l'acquiescement des frais hors de portée d'une partie des candidats, dans une situation de monopole, il y a certainement atteinte au libre accès à la profession, et rupture d'égalité des chances dans l'accès à la formation et à la profession.

Une autre préoccupation est celle des critères de sélection des dossiers. Aux termes de l'article 8, alinéa 3, du règlement précité, « les conditions d'accès aux structures de préparation à l'examen du Certificat d'aptitude à la profession d'avocat sont déterminées par le barreau national ». S'agissant d'une formation en situation de monopole, il est indispensable que soient précisés les critères de sélection des dossiers à l'entrée. Certes, il faut relever l'exigence de la titularité d'un Master II en droit reconnu par le Conseil africain et malgache de l'enseignement supérieur (CAMES) ou d'une Maîtrise en droit ou tout diplôme équivalent. Ce diplôme suffit-il à la sélection du candidat ou au contraire d'autres exigences, relatives notamment à la mention, sont-elles prises en considération ? Le cas échéant, ces critères doivent être connus et la sélection susceptible de recours. Alors que certains barreaux de l'espace se sont contentés des exigences des règlements, d'autres ont procédé à des sélections sur la base de critères encore ignorés. Ainsi, des candidats dont les dossiers ont été rejetés au Togo, sans qu'ils sachent ce qui leur est reproché, ont pu passer l'examen dans d'autres barreaux de l'espace UEMOA.

Il n'est même pas certain que la notion de diplôme reconnu par le CAMES soit comprise de la même manière d'un barreau à un autre. Les diplômes délivrés par les universités publiques affiliées au CAMES sont automatiquement pris en compte par certains barreaux alors que d'autres les rejettent. Il serait attentatoire aux droits fondamentaux qu'une telle sélection relève d'un pouvoir discrétionnaire du barreau dans un contexte de monopole et de probables conflits d'intérêts résultant des besoins de transmission de la clientèle aux proches. Le malaise est loin de se dissiper s'agissant des structures d'organisation du CAPA.

11 Ordre des avocats du Togo, communiqué du 22 août 2022, n° 792/22/SKD/ADM/BAT.

B. Des structures d'organisation potentiellement hors de contrôle

Aux termes de l'article 3 du règlement n° 001/2019/COM/UEMOA relatif au Certificat d'aptitude à la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, « les barreaux, en relation avec les ministères chargés de la Justice, sont responsables de l'organisation du Certificat d'aptitude à la profession d'avocat ». Ce texte rend responsable de l'organisation les barreaux, seulement « en relation avec les ministères chargés de la Justice ». Il n'est pas aisé d'appréhender cette relation dans sa substance. Il s'agit, pourrait-on dire, d'une « notion à contenu variable »¹² qui a pour caractéristique de ne pas se laisser enfermer dans des définitions permettant d'en déterminer avec certitude le contenu. La relation est-elle celle d'un contrôle, d'une participation, d'un droit de regard ou tout simplement d'une bienveillante information dont le barreau serait débiteur ? La vacuité de la notion pourrait traduire une volonté de maintenir à une distance raisonnable le ministère en charge de la Justice. S'agissant d'une délégation de service public, dans un domaine où sont en jeu des droits fondamentaux doublés de potentiels conflits d'intérêts, il y a bien carence dans l'œuvre du législateur, un travail inachevé. La nature des relations, leur intensité, leur régularité pourraient dépendre de la courtoisie du barreau ou de la diligence du ministère, surtout en l'absence d'une formalisation de ces relations. Ceci semble être le cas au Togo. L'indifférence du ministère pourrait conduire à une privatisation sans contrôle de l'accès à une formation et à la profession. Il n'est pas exclu qu'un regard incisif du ministère soit source de conflit avec le barreau. Il y a lieu de conclure à un risque de privatisation, sans contrôle, d'une mission de service public. Il faut le rappeler, même chargé d'une mission de service public, le barreau demeure une personne privée¹³. Le propre d'un service public exercé par une personne privée est le nécessaire contrôle¹⁴ de l'administration pour s'assurer que la mission confiée atteint son objectif.

Une autre disposition qui confirme cette idée de privatisation résulte de l'article 8, alinéa 3, du règlement aux termes duquel « [...] chaque Barreau définit les modalités de création et de fonctionnement des centres de formation » chargés de la préparation à l'examen du CAPA. L'autonomie des barreaux se confirme, alors que s'éloigne la volonté d'harmonisation qui sous-tend l'Union. À défaut d'un centre de formation, la formation est assurée par le barreau national en accord avec une structure d'enseignement supérieur en droit dont le diplôme est reconnu par le Conseil africain et malgache de l'enseignement supérieur (CAMES) ou une structure nationale de formation judiciaire. Le choix de l'établissement est laissé au barreau et pourrait porter sur un établissement privé, comme c'est le cas au Togo. Or, l'une des caractéristiques des établissements supérieurs privés est

12 Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en Droit*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1984.

13 CE, 7 février 1975, n° 88611.

14 CE, 22 février 2007, n° 264541.

l'absence d'enseignants permanents ou tout au moins, leur nombre très limité. Il en résulte en définitive l'absence d'une implication pertinente de l'institution d'enseignement, si ce n'est par la mise à disposition des locaux, le barreau procédant à la cooptation de certains enseignants suivant son bon vouloir. La connivence entre l'institution privée et le barreau quant à l'accès à la formation est très vite suspectée dans un contexte de concurrence commerciale des établissements de l'enseignement supérieur privé. En effet, l'admission pléthorique des étudiants issus de cette institution d'enseignement pourrait très vite devenir un argument déterminant dans une situation de compétition entre établissements privés. Cette organisation potentiellement en vase clos, favorable au déficit de transparence, alimente raisonnablement les soupçons de favoritisme doublés d'un protectionnisme mercantile du corps.

La composition du jury d'examen ne rassure pas non plus. En effet, la composition du jury d'examen et les modalités d'organisation de l'examen sont fixées par une délibération du Conseil de l'ordre du barreau national. Elle est donc entièrement du pouvoir du barreau, qui y nomme les enseignants de son choix. Le jury est présidé par le bâtonnier en exercice du barreau national ou son représentant. Dans un contexte de crise de l'emploi, les efforts et les mérites des proches des membres du Conseil sont, *a priori*, méprisés, car leur réussite est entachée d'une légitime suspicion¹⁵. Signalons aussi que le barreau du Togo, au prétexte d'une prétendue promotion de la parité-genre, au fondement contestable, a fait réussir au CAPA un nombre strictement égal d'hommes et de femmes, soit treize admis pour chaque sexe. Il y a, de toute évidence, une manipulation discriminatoire des résultats¹⁶.

Antérieurement à l'organisation du CAPA par le barreau, au Togo, le corps enseignant du CAPA était composé d'avocats désignés par le bâtonnier, de magistrats désignés par le président de la Cour suprême et d'enseignants d'université désignés par le doyen de la faculté de droit. Les modalités de correction des copies, de la double correction à l'éventualité de la désignation d'un troisième correcteur, étaient formalisées et connues.

En France, le jury est composé notamment, outre les avocats, de deux professeurs désignés par les présidents d'université, d'un magistrat de l'ordre judiciaire désigné conjointement par le président de la cour d'appel et le procureur général, ainsi que d'un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours

15 Cette suspicion est d'autant plus légitime que contrairement à l'usage, le barreau du Togo n'aurait pas rendu publiques les notes des candidats au CAPA dans les différentes matières dans lesquelles ils ont eu à composer. Il semblerait d'ailleurs que le barreau du Togo n'avait pas non plus publié la liste complète et définitive des candidats retenus pour la formation de sa première promotion au CAPA.

16 Cette attitude est d'autant plus surprenante que le Conseil de l'Ordre avait dénié au jury du CAPA, alors organisé par l'Université de Lomé, le droit d'accorder des points du jury en toute transparence pour repêcher des candidats. Le Conseil de l'Ordre avait alors saisi la chambre administrative de la Cour suprême pour excès de pouvoir, procès qu'il a perdu.

administratives d'appel désigné par le président de la cour administrative d'appel. Ces précautions sont des garanties de transparence et d'impartialité. Les garanties organiques sont des exigences de l'État de droit et concourent à l'effectivité des droits fondamentaux par la transparence à laquelle elles concourent. Ces droits fondamentaux semblent d'ailleurs être encore compromis, dans l'espace UEMOA, par le régime des incompatibilités.

II. Des atteintes aux droits fondamentaux avérés quant au régime des incompatibilités

Naturellement, le règlement n° 05/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA a prévu des incompatibilités d'exercice. Alors que ces incompatibilités ne semblent pas concerner les professeurs d'université, les barreaux et la Cour de justice de l'UEMOA les y ont incluses, méconnaissant ainsi non seulement le statut des enseignants-chercheurs (A), mais aussi les principes d'interprétation de la règle de droit (B).

A. Une méconnaissance du statut des enseignants-chercheurs

Aux termes de l'article 33 du règlement n° 05/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, « la profession d'avocat est incompatible avec l'exercice de toute autre profession, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires particulières, et, notamment : [...] plus généralement avec l'exercice de toute autre profession ou fonction emportant un lien de subordination ». Ce texte constitue l'un des fondements textuels de l'incompatibilité alléguée.

C'est ainsi que la Cour de justice de l'UEMOA a jugé que « considérant que le dernier alinéa de l'article 33 a généralisé cette incompatibilité en l'élargissant "avec l'exercice de toute autre profession ou fonction emportant un lien de subordination" en d'autres termes, l'exercice de toute profession ou fonction permanente dont l'exécution serait inconciliable avec le statut libéral et indépendant de l'avocat »¹⁷. L'argumentation de la Cour s'articule autour d'un syllogisme, à savoir la profession d'avocat est incompatible avec une fonction subordonnée ; l'enseignant-chercheur est un travailleur subordonné ; l'enseignant-chercheur ne peut exercer cumulativement la profession d'avocat. Ce raisonnement sur la base du syllogisme ne peut se justifier qu'autant que l'enseignant-chercheur est vraiment un travailleur en situation de subordination. Ce qui est radicalement inexact. Pour le démontrer, il faut d'abord cerner la portée de l'indépendance de l'avocat, la rapprocher du statut de l'enseignant dans ses fondements et portée.

17 UEMOA, Cour de justice, 8 juillet 2020, n° 005/2020.

La doctrine observe que « le mécanisme sur lequel l'indépendance de l'avocat repose peut s'exposer comme un "modèle". Schématiquement, la liberté de moyens, d'action et d'expression est une condition nécessaire à la bonne réalisation de la fonction d'avocat¹⁸ » et, en raison du principe d'indépendance, la profession d'avocat est incompatible « avec toutes les fonctions ou professions qui exigent le sacrifice même partiel de cette indépendance »¹⁹. Ce qui caractérise l'avocat, c'est son indépendance. Malgré cette affirmation, il est admis en France et dans de nombreuses législations que la profession d'avocat est compatible avec la fonction d'enseignant-chercheur. Il en est ainsi parce que l'enseignant-chercheur, par son statut et peu importe les modalités d'exercice, est un indépendant. Il existe « des garanties statutaires spécifiques assurant l'indépendance des universitaires »²⁰. Le Conseil constitutionnel l'a clairement affirmé en France : « Considérant dès lors que, par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent, mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables »²¹. Cette indépendance a pour fondement « la liberté académique », « un concept universel »²², « consubstantielle à toute démocratie libérale »²³. Cette liberté académique a été réaffirmée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴, par l'UNESCO²⁵, par l'Assemblée générale de l'ONU²⁶. Il est admis que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, textes reconnus par le Traité de l'UEMOA, englobent la liberté académique. Sur le plan national, l'article 9 de la loi n° 2017-005 d'orientation de l'enseignement supérieur et de la recherche au Togo dispose que « l'enseignement supérieur est fondé sur les principes fondamentaux suivants : [...] – le respect des libertés académiques et de l'autonomie des institutions de l'enseignement supérieur ».

Dans sa décision du 8 juillet 2020, la Cour de justice de l'UEMOA relève que « de par son statut, le fonctionnaire est tenu d'exécuter les ordres donnés par sa hiérarchie, sauf si cet ordre est manifestement illégal et est de nature à compromettre l'intérêt public gravement ; que ceci explique pourquoi dans la fonction publique, il est fait appel au principe de "devoir d'obéissance" qui comprend l'obligation de respecter les lois et règlements de toute nature ». Justement, la liberté académique a pour conséquence d'instituer au profit des enseignants-chercheurs un

18 N. NOTO-JAFFEUX, *L'indépendance de l'avocat*, PUAM, 2022.

19 H. ADER et A. DAMIEN, *Règles de la profession d'Avocat*, Dalloz, 2013, p. 278.

20 C. FERNANDES, « La liberté académique, une liberté spécifique ? », *Revue des droits de l'homme*, 2023.

21 Cons. const., n° 83-165 DC, 20 janvier 1984.

22 C. FERNANDES, « Jusqu'où peut-on invoquer la liberté académique ? », *The Conversation*, 11 janvier 2022, <https://theconversation.com/jusquou-peut-on-invoquer-la-liberte-academique-174623>.

23 *Ibid.*

24 CEDH, 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan et a. c. Turquie*, n° 346/04, § 40.

25 Actes de la Conférence générale 29^e session Paris, 21 octobre-12 novembre 1997.

26 Conseil des droits de l'homme, 38^e session, 18 juin-6 juillet 2018.

régime dérogatoire²⁷. L'enseignant-chercheur n'est pas un fonctionnaire comme les autres. Il y a une méprise de la Cour sur le statut des enseignants-chercheurs. Il devient difficile de soutenir que les professeurs d'université sont dans une situation d'incompatibilité, à géométrie variable au demeurant, résultant de leur lien de subordination. Cette situation est d'autant moins souhaitable que la solution retenue méconnaît les principes d'interprétation de la règle de droit.

B. Une méconnaissance des droits fondamentaux en violation des règles d'interprétation

L'accès à une profession relève des droits fondamentaux qui sont soumis à un régime précis. La Cour de l'UEMOA, pour conclure à l'incompatibilité, relève que « ces interdictions ont pour effet non seulement de restreindre l'accès à la profession, mais également d'éviter les conflits d'intérêts que cela pourrait engendrer ». S'agissant des droits fondamentaux, non seulement les restrictions doivent résulter de la loi, mais doivent aussi être soumises au principe de proportionnalité, conformément à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux. Le principe de proportionnalité conduit à encadrer l'exercice des droits fondamentaux dans l'hypothèse d'un risque de conflits d'intérêts, et non à interdire ce droit. Rien ne justifie qu'ailleurs, conformément aux conventions internationales auxquelles ont adhéré les États membres de l'UEMOA, la profession d'avocat soit compatible avec celle de l'enseignant-chercheur et qu'elle ne le soit pas dans l'espace UEMOA, sauf à démontrer les particularités de la profession d'enseignant dans cet espace. Le rôle du juge, à supposer que la lettre de la loi déborde les besoins, est de la circonscrire dans son application²⁸, la loi cessant là où cesse sa raison d'être²⁹.

La solution de la Cour méconnaît, par ailleurs, le principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale. La règle générale est celle formulée à l'article 33, dernier alinéa. La règle spéciale est celle applicable aux professeurs d'université. Cette différenciation justifie que, s'agissant des magistrats, la loi précise qu'ils doivent démissionner avant l'exercice de la profession d'avocat et se contenter, s'agissant des professeurs d'université, d'ouvrir la possibilité d'exercer la profession sans démissionner. N'est-il pas, en effet, contraire à la lettre et à l'esprit de la loi d'ériger une incompatibilité de la profession d'avocat avec celle d'enseignant-chercheur, alors que la loi dispose que « Toutefois, sont dispensés du Certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA) : 1 – les magistrats ayant accompli au moins dix (10) années de pratique professionnelle en juridiction et qui auront préalablement démissionné de leur fonction ; 2 – les professeurs

27 C. FERNANDES, « La liberté académique... », *op. cit.*

28 K. WOLOU, « À la recherche du sens des lois », *Les Annales de l'Université de Parakou*, 2020, vol. 3, n° 1, p. 76.

29 *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio.*

agrégés des facultés de droit ». Il y aurait manifestement une grave maladresse dans la rédaction du texte, si la volonté du législateur était d'instituer une incompatibilité s'étendant aux enseignants-chercheurs.

Un autre argument de texte, pour soutenir l'incompatibilité, a été tiré de l'article 35 qui dispose que « la profession d'avocat est compatible avec les fonctions d'enseignant vacataire ». Cet article ne saurait concerner l'enseignant-chercheur jouissant d'une liberté académique et donc indépendant, mais l'avocat voulant enseigner³⁰ dans un établissement quelconque, secondaire ou universitaire. Il en est ainsi puisqu'il ne jouit pas d'une liberté académique exclusivement attachée au statut d'enseignant-chercheur. S'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, il faut au contraire distinguer lorsque cesse la raison d'être de la loi. En d'autres termes, l'adage « il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas » est tenu en échec par celui selon lequel la loi cesse là où cesse sa raison d'être³¹. L'incompatibilité étant fondée sur l'exigence d'indépendance, cette incompatibilité doit cesser là où il y a indépendance.

Au total, il y a lieu de relever des motifs d'inquiétude tant dans les règlements que dans la jurisprudence de la Cour de l'UEMOA dans un domaine où s'entrechoquent des droits fondamentaux. Il est inconcevable de déléguer à une personne privée un service public aux enjeux colossaux dans le domaine des droits de l'homme sans un contrôle approprié. Par ailleurs, une sentence sans voie de recours est une arme redoutable qui ne peut être maniée avec légèreté. Émanant surtout d'une institution communautaire, elle la fragilise ou la consolide selon qu'elle est rendue dans le respect des principes fondamentaux ou qu'elle les viole. L'œuvre du législateur UEMOA et celle de sa juridiction pèchent. Elles méconnaissent des principes que proclame le Traité et donnent l'impression d'un service à une corporation. Involontairement, la Cour pourrait se rendre complice d'un protectionnisme mercantile d'une profession, *a priori* noble. À l'heure de la contestation des organisations sous régionales, un besoin d'élévation devient pressant.

30 Voir en ce sens l'arrêt de la Cour constitutionnelle du Bénin n° 19-287 du 22 août 2019.

31 G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, p. 215.