



Laboratoire d'études et de recherches en droit, décentralisation et  
développement local  
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako

Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques de  
Toulouse 1 Capitole

**REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET  
ÉCONOMIQUES DE BAMAKO (REMASJUPE)**

**N°6 - 2018**

**ETUDE DE DROIT PUBLIC, DE DROIT PRIVE  
ET DE SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES**

**Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole**



**REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES,  
POLITIQUES ET ECONOMIQUES DE BAMAKO  
(REMASJUPE)**

**ETUDE DE DROIT PUBLIC, DE DROIT PRIVE  
ET DE SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES**



**Laboratoire d'études et de recherches  
en droit, décentralisation et développement local  
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako**

**Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques  
Université Toulouse 1 Capitole**

**REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES,  
POLITIQUES ET ECONOMIQUES DE BAMAKO  
(REMASJUPE)  
n° 6 - 2019**

**ETUDE DE DROIT PUBLIC, DE DROIT PRIVE  
ET DE SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES**

**Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole**

**Copyright et diffusion : 2019**

**Presses de l'Université  
Toulouse I Capitole  
2 rue du doyen Gabriel Marty  
31042 Toulouse cedex**

**ISSN (France) 2555-767X  
ISSN (Mali) : 1987-1112**

**Directeur de Publication, Fondateur de la Revue :** Pr

Bakary CAMARA, agrégé des Facultés, professeur titulaire ;  
Membre du comité technique spécialisé sciences juridiques et politiques (CTS) du Conseil africain et malgaches pour l'enseignement supérieur (CAMES) ;  
Doyen de la Faculté de droit public (FDPu) de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB).

**Rédacteur en chef :** Pr Mamadou Lamine DEMBELE,  
agrégé des Facultés de droit Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB).

**COMITE D'HONNEUR :**

Pr André CABANIS  
Pr Samba TRAORE  
Feu Pr Abdoulaye DIARRA

**COMITE SCIENTIFIQUE :**

- Augustin ANASSE
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Bakary CAMARA
- Olivier DEVAUX
- Abdoulaye DIARRA
- Eloi DIARRA
- Alioune Badara DIOP
- Ndiaw DIOUF

- Seydou DIOUF
- Moussa DJIRE
- Ismaïla Madior FALL
- Barnabé Georges GBAGO
- Naffet KEITA
- Georges KOBOU
- Adama M. KPODAR
- Augustin LOADA
- Ibrahima LY
- Robert NEMEDEU
- Séraphin NENE BI BOTI
- Mahaman Sanoussi TIDJANI ALOU
- Ibrahim David SALAMI
- Filiga-Michel SAWADOGO
- Samba THIAM
- Samba TRAORE
- Leonardo A. VILLALON

**COMITE DE LECTURE :**

MM. les professeurs

- Samba TRAORE
- Bakary CAMARA
- Ibrahima SAMBA DANKOCO
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Olivier DEVAUX
- Georges KOBOU
- Séraphin NENE BI BOTI
- Mamadou L. DEMBELE
- Bréhima KAMENA

Bakary Camara est professeur titulaire, agrégé des Facultés de droit et doyen de la Faculté de droit public (FDPU) à l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB), Mali. Il est détenteur d'un doctorat d'État en sciences juridiques et politiques, d'un doctorat de 3<sup>ème</sup> cycle en politiques internationales et d'un *Master of Art* en géopolitique (*International Security/Affairs*). Il est coordinateur du Laboratoire d'études et de recherches en droit, décentralisation et développement local (LERDDL) de la Faculté de droit public (FDPU) de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB). Il est aussi affilié à plusieurs associations ou centres d'études et de recherches en sciences sociales parmi lesquels l'Association américaine de sciences politiques (APSA), le Conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique (CODESRIA) et Point Sud — Centre de recherche sur le savoir local à Bamako. Il est auteur de plusieurs chapitres de livres et divers articles sur la démocratie au Mali, la décentralisation, le droit foncier, l'histoire du droit et des institutions, et les conflits en Afrique de l'Ouest. Adresse Web : <http://www.bakarycamara.ml/>



## TABLE DES MATIERES

<b>La dynamique d'intégration nationale en Afrique : la singularité de la trajectoire nigérienne</b> Dr Illa Ahmet.....	13
<b>La limitation de l'action de groupe aux préjudices patrimoniaux comme remède aux excès de la <i>class action</i> : leçons pour l'UEMOA</b> Richard Alemdjrodo.....	45
<b>Le Code des personnes et de la famille du Mali de 2011 - un compromis entre la coutume et la modernité</b> Bakary Camara.....	71
<b>La parole du medium, un type particulier de chef non redevable</b> Kadi Dago.....	91
<b>Les impasses du Code des personnes et de la famille du Mali relatives au mariage polygamique</b> Mamadou B. Dembélé.....	117
<b>Islam et élections post-crise au Mali depuis 2013 : enjeux et défis</b> Mamadou Lamine Dembélé.....	149
<b>La réception du droit communautaire de l'UEMOA et de la CEDEAO en matière de TIC en droit malien et burkinabé</b> Dr Harouna Diallo.....	167
<b>La théorie jurisprudentielle de la voie de fait et de l'emprise en droit tchadien et français</b> Dr Allah-Adoumbeye Djimadoumngar.....	201

Table des matières

<b>La problématique de l'autorité des décisions de la Cour constitutionnelle du Mali et de l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée</b>	
Dr Brahima Fomba.....	221
<b>La médiation pénale au Mali</b>	
Mamadou Guissé.....	243
<b>Réflexion sur une infraction internationale : la traite des personnes</b>	
Bréhima Kaména.....	269
<b>La pratique politique de la décentralisation sous l'influence de la rébellion Touareg</b>	
Dr Aly Kemesso.....	299
<b>Le modèle camerounais de décentralisation</b>	
Ngo Tong Chantal Marie.....	347
<b>La femme du chef en Afrique : les secousses féminines dans les mailles du pouvoir</b>	
Jean Njoya.....	371

**LA DYNAMIQUE D'INTEGRATION NATIONALE  
EN AFRIQUE : LA SINGULARITE DE  
LA TRAJECTOIRE NIGERIENNE**

**Dr Illa Ahmet,**  
*maître assistant en science politique*  
*Faculté de sciences juridique et politique*  
*Université Abdou Moumouni de Niamey (Niger)*

La présente étude traite de l'intégration nationale au Niger, afin de voir en quoi elle peut être considérée comme étant un processus dynamique. Une telle affirmation peut être surprenante ou dans une certaine mesure provocatrice dans un contexte de mondialisation marqué par l'indifférence des marchés sur les questions de l'intégration nationale. Elle risque aussi de surprendre dans la mesure où le processus d'intégration régionale est au centre des réflexions d'une part, et où la question de l'intégration nationale tend à disparaître des études scientifiques s'intéressant à l'Afrique d'autre part.

Pourtant, l'intégration fait partie aujourd'hui de ces notions qui polarisent le débat politique, le galvanisent. Il pose aux sciences sociales, de manière récurrente, le problème de leurs définitions. Le sens et la valeur heuristique de la notion d'intégration ont beaucoup évolué depuis les travaux fondateurs d'Emile Durkheim. Son acception contemporaine est précisée dans différents travaux en sociologie politique par Dominique Snapper<sup>1</sup>, également en sociologie de l'immigration, du travail social et souvent dans les discours politiques.

Pour Emile Durkheim, l'intégration sociale renvoie à l'idée de « vouloir vivre ensemble » dans le sens d'Ernest Renan<sup>2</sup>. Pour ce dernier, « la nation comme entité politique se construit donc non pas à partir du groupe racial et ethnique mais souvent contre lui : c'est parce qu'ils ne peuvent dire qu'ils sont Burgondes, Alains, Taïfales ou Visigoths que les habitants de France

---

<sup>1</sup> D. SCHNAPPER (2007), *Qu'est-ce que l'intégration ?*, Paris, Gallimard, 2007.

<sup>2</sup> E. RENAN (1982), « Qu'est-ce qu'une nation », In P. FOREST (1991), *Qu'est-ce qu'une nation ? littérature et identité nationale de 1871 à 1914*, Paris, édition Pierre Bordas et fils, 1991, p. 12-48.

peuvent être des citoyens français »<sup>3</sup>. L'intégration diffère de la notion de contrat social de Jean Jacques Rousseau<sup>4</sup> ou encore Thomas Hobbes<sup>5</sup>.

Pour Dominique Schnapper, la question de l'intégration est, aujourd'hui, associée à celle du lien social et de la citoyenneté. Elle considère que celle-ci est un enjeu politique majeur pour le corps social pris dans son ensemble. D'ailleurs, c'est parce qu'elle constitue un enjeu politique essentiel qu'elle devient de plus en plus un sujet de préoccupation dans les pays africains. Conscients des risques d'irréductibilité, les pères fondateurs de l'indépendance africaine ont consacré, à travers l'Organisation de l'unité africaine(OUA) - devenue Union africaine depuis 1999- le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation.

Comme on peut le constater, c'était une ambition des pionniers de nouvelles Républiques qui voulaient coûte que coûte asseoir les bases d'une unité nationale dans des contextes où la diversité des populations pouvait être un facteur de divisions et même de conflits souvent dramatiques, et pour qu'il n'y ait pas de conflits frontaliers entre les jeunes Etats.

Pourtant, en dépit de ces efforts pour construire des nations, ce projet politique reste toujours balbutiant et les hommes politiques restent toujours confrontés à des défis redoutables pour renforcer la cohésion de leur peuple. Soixante ans après les indépendances, beaucoup d'observateurs hésitent à parler de nation. Les velléités sécessionnistes observées notamment au Nigeria (tentative séparatiste du Biafra entre 1967 et 1970), au Mali (où une frange de la communauté touarègue a décidé de proclamer une république indépendante en 2012) ou en Côte d'Ivoire (événements postélectorales en 2002 et en 2011) demeurent des menaces préoccupantes pour la survie des Etats dans leur configuration actuelle. Cette expression d'antagonismes ethniques<sup>6</sup> actifs témoigne une fois de plus des difficultés pour les pays africains à asseoir les bases d'une construction nationale viable. Il faudrait

---

<sup>3</sup> Propos d'E. RENAN rapporté par P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *Théories de l'ethnicité suivi de Les groupes ethniques et leurs frontières* par F. BARTH, Paris, PUF, 2012, p. 37.

<sup>4</sup> Pour Jean-Jacques Rousseau, le contrat social est la marque de l'institution d'un peuple, grâce à laquelle chacun s'unissant à tous n'obéit qu'à soi-même, idée développée dans J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier, 1962.

<sup>5</sup> Pour Thomas Hobbes, le contrat social est la sanction de la cession par l'individu d'une part de sa liberté en échange de la sécurité idée développée dans T. HOBBS, *Le Leviathan*, Paris, Sirey, 1971.

<sup>6</sup> « L'ethnicité est une forme d'organisation sociale, basée sur une attribution de leur fonction d'origine supposée, et qui se trouve validée dans l'interaction sociale par la mise en œuvre des signes culturels socialement différenciateurs », définition proposé par Fredrik BARTH, In : P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *op. cit.*, p. 154.

alors s'interroger sur la pertinence des moyens mis en œuvre par les Etats pour rendre effectives les ambitions annoncées, de façon récurrente, dans les discours politiques.

Des travaux menés par certains chercheurs africanistes, dans les années postindépendances, ont proposé des pistes pour l'édification des nations en Afrique. Considérant à tort que le multipartisme perpétuerait les divisions ethniques et régionales<sup>7</sup>, le parti unique fut ainsi considéré par les dirigeants politiques africains, mais aussi par la plupart des politologues, comme une recette miracle pour favoriser la construction nationale<sup>8</sup>. C'est ainsi que R. Emerson écrivait : « Les régimes d'un homme et d'un parti sont nécessaires en Afrique, précisément parce que les nations reposent sur des fondations fragiles et qu'elles sont confrontées à des tâches urgentes et monumentales d'intégration et de développement »<sup>9</sup>. Il poursuit son analyse en disant : « pour une population n'ayant encore atteint qu'un faible degré de formation politique, le sentiment d'identité nationale sera probablement plus facilement créé par la concentration de l'attention politique non seulement sur un parti unique mais aussi sur un leader unique »<sup>10</sup>.

D'autres africanistes ont mis l'accent sur la variable militaire. L'armée est perçue comme une institution susceptible de créer les conditions d'une intégration nationale. C'est du moins ce que l'on peut retenir de l'analyse de Michel-louis Martin qui indique que les régimes militaires ont essayé de surmonter les éléments de division nationale constitués par les différences régionales et ethniques. Pour lui, les armées africaines ont certainement beaucoup mieux réalisé l'intégration ethnique que toute autre organisation, notamment les partis politiques. Dans l'esprit des populations, l'armée est spontanément assimilée à l'idée de nation<sup>11</sup>.

Ces réflexions, conduisant certains analystes à tirer la conclusion un peu hâtive, sur l'absence d'intégration nationale en Afrique, ont montré leurs

---

<sup>7</sup> Cette affirmation du multipartisme, source des divisions ethniques et régionales, n'est pas généralisable. En effet, le multipartisme qu'a connu le Niger de 1946 à 1960 n'a pas engendré des divisions ethniques et régionales. Voir à ce sujet M. DJIBO, *Les transformations politiques du Niger, 1958-1960*, Paris, l'Harmattan, 1992.

<sup>8</sup> Voir A. MAHIOU, *L'avènement du parti unique en Afrique noire : l'expérience des Etats d'expression française*, Paris LGDJ, 1969 ; et L. SYLLA (1977), *Tribalisme et parti unique en Afrique noire. Esquisse d'une théorie générale de l'intégration nationale*, Paris, Presses de la Fondation nationale de sciences politiques, 1977.

<sup>9</sup> R. EMERSON, « Parties and national integration in Africa », in : *Political parties and political development*, J. LAPALOMBARA, J. WEINER, ed., Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1966.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>11</sup> M.-L. MARTIN, *L'armée et le pouvoir politique en Afrique noire*, Bordeaux, Faculté de droit et de sciences économiques, 1970, p. 127-165.

limites. En effet Dmitri-Georges Lavroff résume bien cet état de pensée en disant : «il est devenu banal de souligner l'absence d'intégration nationale en Afrique tant ce fait a été expliqué depuis l'accession à l'indépendance des Etats africains situés au sud du Sahara. Après les indépendances on s'est trouvé en présence d'Etats qui n'ont pas d'homogénéité nationale, le particularisme ethnique peut se transformer en régionalisme qui empêche l'intégration des populations et en mouvement sécessionniste»<sup>12</sup>.

Dans tous les cas, une réflexion s'impose ne serait-ce que pour esquisser les premiers éléments d'un bilan des constructions nationales telles qu'on les observe aujourd'hui. L'exemple nigérien peut servir de point de départ à cette tentative. Tout au moins, il offre des pistes intéressantes pouvant guider cette réflexion sur la question de l'intégration nationale en Afrique.

On se propose dans cette perspective de l'exposer à travers ses points saillants pour montrer sa singularité en Afrique de l'Ouest. L'objectif ici n'est pas de l'encenser en l'idéalisant et, encore moins de l'ériger en modèle réussi. Car, au Niger, il existe des facteurs de tensions vivaces qui menacent l'unité nationale. Parmi ces facteurs, on peut citer les litiges fonciers qui détruisent l'union au village par des bagarres souvent mortelles et l'interférence dans bien des cas avec des problèmes politiques<sup>13</sup>. On peut citer aussi les conflits souvent dramatiques entre éleveurs et agriculteurs : les couloirs de passage pour bétail, les alentours des puits, des mares et des marigots sont des lieux habituels où naissent des disputes qui se transforment en confrontations sanglantes et meurtrières. On peut relater également les revendications sécessionnistes formulées dans les années 1990 par les responsables de la rébellion touarègue et quelques résistances liées à des communautarismes primaires, constatées pendant le redécoupage territorial de 2001 qui a précédé les élections locales en 2004, ainsi que les litiges autour des chefferies, particulièrement en ce qui concerne les successions au trône.

L'arrestation, le 2 août 1975, et l'élimination préventive de Sani Souna Siddo par le chef de l'Etat Seyni Kountché pour tentative de coup d'Etat en intelligence avec Djibo Bakary (l'ancien leader du parti Sawaba)<sup>14</sup>; la tentative du coup d'Etat du commandant Moussa Bayéré pour renverser le même régime ont eu des connotations ethniques au moment des faits<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> D.-Georges LAVROFF, « Régimes militaires et développement politique en Afrique noire », *Revue française de science politique* n° 5-1972, p. 976.

<sup>13</sup> O. SIDIKOU, *L'intégration Nationale au Niger*, Thèse pour l'obtention du doctorat d'Etat, Université Paris 1- Panthéon- Sorbonne 1972, p. 21.

<sup>14</sup> A. NIANDOU SOULEY, « L'armée et le pouvoir politique », *Politique africaine* n° 38-1990, p. 48.

<sup>15</sup> *Ibid.*

D'ailleurs ces deux affaires et celle dite de « Tchintabaraden »<sup>16</sup> ont failli faire dévier la conférence nationale souveraine de ses objectifs, en raison des tournures ethniques que prenaient les débats. C'est dire que le processus d'intégration nationale a connu des périodes de faiblesse qui pourraient se répéter dans ce contexte de démocratisation où la mobilisation du registre ethnique devient un facteur de mobilisation et de conquête du pouvoir. Et malheureusement, c'est la classe politique et certains intellectuels qui instrumentalisent les sentiments ethniques.

Nonobstant toutes ces situations, l'idée de ne pas appartenir à une même nation ne s'est jamais fondamentalement posée dans l'esprit des différentes communautés qui constituent la population nigérienne. En outre, l'édification de la nation nigérienne fut une des premières préoccupations des pères de l'indépendance du Niger et de tous ceux qui se sont succédé à la tête de l'Etat. Dans toutes leurs décisions politiques, économiques, sociales et administratives, l'unité nationale reste un souci constant et vivace.

Comment l'intégration nationale est-elle devenue une réalité au Niger ? Cette question conduit à analyser la dynamique du processus d'intégration au Niger. Il est utile de noter que telle qu'elle est formulée, cette question n'est pas nouvelle. En effet, trois auteurs ont travaillé sur cette question : Sidikou Oumarou a abordé la problématique de l'intégration nationale au Niger à travers sa thèse d'Etat<sup>17</sup> soutenue en 1972 à l'Université Panthéon Sorbonne ; Tidjani Alou Mahaman dans un article intitulé « La question de l'unité nationale : discours et pratiques : le cas du Niger »<sup>18</sup> et Djibo Hamani à travers une communication sur le thème « Les fondements historiques de l'unité nationale nigérienne ou les bases d'une renaissance annoncée »<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> « Il s'agit de l'assassinat, dans l'après-midi du 3 mai 1990, d'un garde forestier et de deux civils qui l'accompagnaient dans l'arrondissement de Tchintabaraden. Une patrouille de l'armée a intercepté, le 6 mai 1990, un groupe de 13 personnes, à bord d'une Toyota, « parties selon des témoignages concordants de Tchintabaraden pour attaquer Tillia ». Mais c'est particulièrement l'attaque du 7 mai 1990 contre Tchintabaraden qui a servi de détonateur à la rébellion touarègue car l'armée a commis des exactions sur des civils innocents : on parle de plusieurs centaines de victimes dont des exécutions sommaires ». Propos tirés du « Rapport de synthèse : événements dits de Tchintabaraden » et rapportés par M. DJIBO, « Rébellion touarègue et question saharienne au Niger », revue *Autrepart* n° 23-2002, p. 136.

<sup>17</sup> O. SIDIKOU, *op. cit.*

<sup>18</sup> M. TIDJANI ALOU, « La question de l'unité nationale : discours et pratiques : le cas du Niger », In *Association Timidria*, Communications des conférenciers au séminaire « Droits de l'Homme en milieu nomade et semi-nomade », Tahoua, du 26 au 27 octobre 1994.

<sup>19</sup> D. HAMANI, « Les fondements historiques de l'unité nationale nigérienne ou les bases d'une renaissance annoncée », Communication lors du Forum international sur

Il ressort de l'analyse de Sidikou Oumarou que l'intégration au Niger est davantage le résultat des moyens mis en œuvre par les gouvernants, notamment les moyens juridiques, politiques et les actions gouvernementales<sup>20</sup>. Cette analyse privilégie plus l'action politique comme variable explicative de l'intégration au Niger en se limitant aux seules politiques publiques intégratrices élaborées et mises en œuvre par le régime du parti unique, le Parti progressiste nigérien - Rassemblement démocratique africain (PPN-RDA), de 1960 à 1972.

Selon Mahaman Tidjani Alou, la question de l'unité nationale au Niger est le produit d'un discours qui naît avec l'Etat postcolonial qui lui sert d'espace d'expansion. Elle a ses formes et elle est le résultat des actions volontaristes des pouvoirs publics. Cette réflexion a le mérite d'aller au delà des politiques publiques intégratrices menées par le parti unique en intégrant celles conduites par les autres régimes. L'auteur évoque sans les développer les autres facteurs intégrateurs, notamment l'interdépendance et les rapports multiformes bâtis par les peuples nigériens tout au long de leur histoire commune ainsi que l'islam adopté par eux. Tous constituent des facteurs de cohésion sociale.

Enfin, l'analyse de Djibo Hamani fait l'historique du brassage des différentes communautés nigériennes. Ce brassage est lié à des contraintes climatiques ayant entraîné des mouvements migratoires et à des échanges commerciaux. L'auteur souligne également le rôle qu'ont pu jouer les institutions de formation coranique qui accueillaient les étudiants venant de toutes les régions de cet immense espace<sup>21</sup>. Cette analyse ne met en exergue que la dimension historique et culturelle.

La présente étude se réclame d'une démarche holiste. Elle aborde la dynamique d'intégration nationale à travers toutes ses dimensions historique, culturelle et politique, mais surtout à travers des facteurs intégrateurs tels que les marchés, les routes, le « contraste » géographique qui n'ont pas été abordés par les études précédentes. A cet effet, quelques hypothèses peuvent être formulées.

La première hypothèse consiste à dire que l'intégration nationale au Niger s'est réalisée par l'interdépendance économique et par des liens historiques et culturels. En effet, depuis des siècles, les différentes communautés nigériennes entretenaient des échanges commerciaux rendus indispensables par divers besoins en biens de consommation. Ces échanges ont été facilités par des routes. Par ailleurs, l'histoire du Niger révèle des éléments qui ont

---

la sécurité et le développement dans l'espace sahélo-saharien du Niger, Arlit du 23 au 25 janvier 2012.

<sup>20</sup> O. SIDIKOU, *op. cit.*, p. 53-54.

<sup>21</sup> D. HAMANI, *op. cit.*, p. 7.

cimenté les liens entre les différentes communautés ethniques bien avant la pénétration coloniale. Contrairement à ce qu'on a pu observer dans d'autres colonies, le Niger tel qu'il est tracé par le colonisateur était déjà une nation constituée d'ethnies qui, bien qu'elles n'aient pas d'extension complète dans le pays, forment des communautés unies partageant des mémoires communes et unies par des souvenirs communs. La nation nigérienne résulte, en partie, d'institutions traditionnelles (chefferies traditionnelles par exemple) et de relations séculaires. Au Niger, la formation de la nation est précédée par un processus d'intégration économique et sociale qui existait bien avant la pénétration coloniale.

Ce processus d'intégration a été raffermi par le premier découpage du territoire en sept régions au sortir de l'indépendance, à l'issue duquel chaque département comportait certes une ethnie majoritaire à laquelle était annexée une ethnie minoritaire pour casser l'homogénéité régionale, telle que définie par François Perroux (1985) dans l'application à la région de l'analyse des espaces économiques<sup>22</sup>.

La deuxième hypothèse prolonge et complète la précédente. La nation nigérienne déjà constituée a été consolidée par des politiques publiques, conçues dans ce sens, par les différentes autorités politiques qui se sont succédé au pouvoir depuis l'indépendance. Ces politiques publiques intégratrices ont été menées notamment dans les secteurs du développement régional et de la réduction des disparités interrégionales, de l'éducation, de la fonction publique, des routes, des marchés et des activités culturelles (festivals) et sportives (tournoi annuel de lutte traditionnel). D'autres actions de sensibilisation sont menées pour contrecarrer des velléités divisionnistes, véhiculées par des acteurs politiques pour des opportunités électoralistes, afin de préserver cette nation construite de façon singulière en Afrique.

Les cadres théoriques proposés pour analyser la dynamique du processus d'intégration nationale au Niger sont la théorie du développement politique et la théorie de la sociologie historique comparative. La première est apparue au début des années 1960 dans le contexte de la décolonisation. Elle se veut une synthèse de systémisme et de fonctionnalisme<sup>23</sup>. Cette théorie se parait d'une triple vertu descriptive, explicative et normative. La description concerne tous les processus de mutation qui affectent les sociétés en développement, les questions relatives à la sécularisation (Gabriel Almonds), à l'institutionnalisation (Samuel Huntington) et à la centralisation (Edouard

---

<sup>22</sup> F. PERROUX cité par J. LAJUGIE, P. DELFAUD et C. LACOUR, in *Espace Régional et Aménagement du Territoire*, Paris, édition L'Harmattan, 1985.

<sup>23</sup> Voir pour les détails G. HERMET, B. BADIE, P. BIRNBAUM et P. BRAUD, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin 8<sup>ième</sup> édition 2015, p. 88.

Shils). L'explication privilégie soit les effets du développement économique (Robert Dahl), c'est-à-dire la capacité à surmonter un certain nombre de crises (L.W. Pye). La dimension normative s'appuie sur ces éléments pour prescrire des modes de construction de l'Etat, de la nation, de la bureaucratie ou de la démocratie capables de contenir les effets négatifs des situations de transition que sont l'autoritarisme, le patrimonialisme, la corruption, la participation politique mal contrôlée<sup>24</sup>.

Dans le cadre de cette recherche, seuls deux aspects de cette théorie seront retenus : il s'agit des aspects relatifs d'une part au processus de mutation affectant les sociétés en développement et d'autre part au mode de construction de l'Etat et de la nation.

Malgré les critiques<sup>25</sup>, cette théorie garde de sa pertinence. Toutefois, elle ne pourrait se suffire pour une analyse holiste de ce sujet. C'est pourquoi, elle doit être articulée avec la théorie de sociologie historique comparative de l'Etat<sup>26</sup> « qui s'est développée à partir de la critique du développementalisme en mettant en avant la diversité des trajectoires historiques de construction du politique conduisant à des formes d'organisation étatiques contrastées... »<sup>27</sup>.

Sur la base des hypothèses de travail et du cadre théorique retenus, la dynamique d'intégration nationale au Niger sera analysée en deux axes complémentaires. Le premier axe de cette recherche porte sur l'intégration nationale en tant que conséquence de l'interdépendance économique couplée aux liens historiques et culturels (**I**) ; le deuxième axe complète le premier et s'articule autour des politiques publiques consolidant le processus d'intégration nationale déjà amorcé (**II**).

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>25</sup> Les critiques formulées contre la théorie du développement politique tournant autour de son postulat sur l'universalité des modèles de développement, l'hypothèse de la convergence et celle d'un modèle unique de modernité. G. BALANDIER souligne la faiblesse de cette théorie « qui est d'envisager le mouvement général des sociétés de manière abstraite, indépendamment des caractères spécifiques à ces dernières, en négligeant donc la continuité qui peut infléchir le sens du changement et lui imposer des formes originales en cours de sa réalisation » in « Tradition et continuité », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 44-1968, p. 4. On reproche également à cette théorie de vouloir sous-estimer l'importance des facteurs exogènes et en particulier des facteurs internationaux et de la dépendance.

<sup>26</sup> B. BADIE et P. BIRNBAUM, *Sociologie de l'Etat*, Paris, Grasset 1982.

<sup>27</sup> P. HASSENTEUFEL et O. PROVONI, « Georges Balandier et l'analyse du changement politique » in G. DEVIN et M. HASTING (dir.), *10 concepts d'anthropologie en science politique*, Paris, CNRS éditions, 2018, p. 182.

## **I. L'intégration nationale au Niger, produit de l'interdépendance économique et des liens culturels et historiques**

L'analyse portera d'une part sur le rôle joué par l'interdépendance économique des différentes communautés dans la dynamique de l'intégration nationale (**A**), d'autre part sur l'importance des liens séculaires sur le plan culturel et historique dans ce processus (**B**).

### **A. L'interdépendance économique, facteur d'intégration**

Deux facteurs inter liés pourraient être à la base de cette interdépendance. Il s'agit du « contraste » géographique qui implique la complémentarité entre les zones, en produits de première nécessité (1) et du marché (2).

#### *1. L'intégration nationale résultante du « contraste » géographique*

Comme l'ont relevé les chercheurs Claude Raynaud et Souleymane Abba, les groupes ethniques présents au Niger –Haoussas, Djerma, Peuls, Kanouris, Touaregs, Toubous, Gourmantchés et Boudoumas- ont derrière eux un passé séculaire de cohabitation et d'échanges qui ont créé les éléments d'interdépendance dans un même complexe économique et social<sup>28</sup>. La situation économique de différentes populations nigériennes est un facteur déterminant dans le processus d'intégration nationale.

Les communautés nigériennes sont unies par des liens de solidarité et d'interdépendance dus à la division du travail<sup>29</sup>. En effet, les sédentaires ont besoin de produits tels que le lait, la viande, la peau des animaux, le sel et les chevaux, tandis que les nomades « se nourrissaient surtout de « aysh », c'est-à-dire d'une bouillie de sorgho au lait, base le soir de leur seul repas quotidien ; l'environnement leur imposait d'aller chercher cette céréale de plus en plus loin vers le sud, où ils avaient aussi à faire paître leurs troupeaux en saison sèche<sup>30</sup>.

Leurs milieux géographiques de résidence rendent obligatoires cette interdépendance. Dès lors, on peut déduire que celle-ci ne peut pas être déconnectée de l'idée d'intégration socio-spatiale. Le plus souvent, c'est la

---

<sup>28</sup> C. RAYNAUT et S. ABBA, « Trente ans d'indépendance : repères et tendances », *Politique africaine* n° 38-1990, p. 20.

<sup>29</sup> Pour Léon Duguit, « La nation est une réalité... Cette réalité consiste dans le lien de solidarité et d'interdépendance qui unit entre eux les hommes qui sont membres d'une même nation », in Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, éditeur, 1923, p. 54.

<sup>30</sup> C. COQUERY-VIDROVITCH, *L'Afrique et les Africains au XIX<sup>e</sup> siècle. Mutations, révolutions, crises*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 53.

proximité spatiale qui est mise en avant comme facteur d'intégration. La proximité crée des interactions et des relations entre les groupes sociaux<sup>31</sup>.

Pour le cas du Niger, contrairement à l'idée développée par Rolan Colin sur la faiblesse de la « conscience territoriale »<sup>32</sup>, il est clair que l'espace géographique est un véritable facteur d'intégration, non pas du fait de la proximité qu'il crée, mais plutôt de son caractère contrasté et des diversités ethniques et sociales liées à son occupation. En effet, les nomades vivent au nord désertique, lieu principalement propice à l'élevage. Les sédentaires, en revanche, vivent dans la partie soudanienne favorable à l'agriculture. Cette situation a créé des liens de dépendance, desquels résulte une solidarité de complémentarité et d'intérêt. L'interdépendance économique a obligé ces communautés à parler les mêmes langues. Aujourd'hui, il n'y a pas une communauté qui ne comprend pas au moins deux langues nationales.

La position géographique du Niger en fait un espace de rencontre et de brassage pour des populations qui ont pour la plupart fondé de grands ensembles au cours de la période précoloniale. Ces ensembles politiques frappent par la diversité de leurs composantes. Qu'ils soient sédentaires ou nomades, noirs ou blancs, les groupements ethniques au Niger ont en commun des traits qui leurs sont propres. Leur histoire a aussi tiré son dynamisme des conséquences de ces conditions géographiques<sup>33</sup>. Pour Djibo Hamani, « ce contraste climatique fut le premier facteur d'unité de ce pays parce qu'il engendre trois économies complémentaires. Les deux premières régions ne produisent pas de grains et dépendent de la troisième qui a été très tôt à produire beaucoup plus qu'elle ne consommait et à exporter ses surplus au nord, jusqu'à Ahaggar et Taouat »<sup>34</sup>. Il poursuit en disant que les régions du sud fournissaient le nord en textile et en tabac tandis que la zone centrale et celle du nord ravitaillaient le sud en bétail et en sel.

La géographie a fourni aux communautés nigériennes, bien avant la création de l'État, les bases de leur intégration. C'est par le contraste des espaces géographiques que des échanges de complémentarité se sont imposés ; et c'est par ce biais que la langue haoussa s'est imposée comme une langue contribuant à l'intégration. La langue haoussa est devenue un moyen de communication intercommunautaire dans les villes et sur les marchés. Ces derniers constituent un facteur d'unité au Niger.

---

<sup>31</sup> C. RHEIN, « Intégration sociale, intégration spatiale » In revue *Dans l'espace géographique* 2002/3 (Tome 31).

<sup>32</sup> R. COLIN, « Dynamiques populistes et cristallisations institutionnelles (1960-1990), *Politique africaine* n° 38-1990, p. 30.

<sup>33</sup> O. SIDIKOU, *op. cit.*, p. 10.

<sup>34</sup> D. HAMANI, *op. cit.*, p.4.

2. *L'intégration nationale par les marchés*

Le marché peut être défini comme « le lieu où se tient à intervalles plus ou moins réguliers une réunion d'acheteurs et de vendeurs échangeant des marchandises » selon Janine Brémond et Alain Galédan<sup>35</sup>. En tant qu'unité de lieu, de temps et d'objet, les marchés constituent des cadres de rencontres entre les différentes couches sociales qui exercent des métiers différents. La différenciation des fonctions c'est-à-dire des métiers et des classes sociales, loin d'être un facteur de division, contribue significativement au processus d'intégration nationale comme l'a relevé Emile Durkheim<sup>36</sup>. Le marché constitue un lieu de brassage de langues, de coutumes, un lieu de rencontres entre amoureux, de culture et d'information. Le marché devient, ce faisant, une forme de concrétisation des rapports d'échanges. Il permet de comprendre des mécanismes qu'on a souvent occultés au nom de leur caractère immatériel. C'est ce que montre l'usage qu'en fait Pierre Bourdieu quand il analyse les rapports ou les échanges qui se structurent autour des « biens symboliques ». Pour lui, « il y a marché linguistique toutes les fois que quelqu'un produit un discours à l'intention des récepteurs capables de l'évaluer, de l'apprécier et de lui donner un prix »<sup>37</sup>.

Le marché constitue au Niger, plus qu'ailleurs, un cadre qui matérialise l'interdépendance due aux échanges. Le marché est un facteur d'intégration fonctionnelle pour reprendre l'expression de W. Landecker<sup>38</sup>.

Le marché, au Niger, joue aussi la fonction dont parle le sociologue Georg Simmel<sup>39</sup> parce qu'il met les individus face à la communauté tout en développant un réseau de relations sociales. C'est du moins ce qui ressort du rapport d'étude sur le service public de marché à Balleyara, Guidan Roundji et Say, élaboré sous la direction d'Amadou Oumarou chercheur au LASDEL. En effet, les conclusions de ce rapport révèlent que le marché est, entre autres, un espace de sociabilité pour reprendre l'expression de Pierre Bourdieu<sup>40</sup>. Le marché est aussi un espace de « sociétisation » à travers la mise en œuvre des actions en société<sup>41</sup>. Pour Max Weber, l'échange marchand constitue un exemple parfait d'action en société. Il constitue une

---

<sup>35</sup> J. BREMOND et A. GALEDAN, *Dictionnaire économique et social*, Paris, Hatier, 1981, p. 234.

<sup>36</sup> E. DURKHEIM, *Education et sociologie*, Paris, P.U.F, 1992.

<sup>37</sup> P. BOURDIEU, *Question de sociologie*, Paris, édition de minuit, 1984, p. 123.

<sup>38</sup> W. LANDECKER, cité par C. RHEIN, *op. cit.*, p. 202.

<sup>39</sup> G. SIMMEL, *La Philosophie de l'argent*, Paris, PUF, 1988.

<sup>40</sup> O. AMADOU, « Le service public de Marché à Balleyara, Guidan Roundji et Say », *Etudes et travaux du LASDEL* n° 90-2011, p. 49.

<sup>41</sup> Propos de M. WEBER repris par P. FRANÇOIS, *Sociologie des Marchés*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 42-49.

relation sans organe régulateur<sup>42</sup>. Il constitue un cas limite où un ordre social peut reposer sur la seule articulation des intérêts. Lorsque les échanges marchands, bien que concurrentiels, se succèdent, il se fonde une communauté en attente qui rompt les solidarités traditionnelles pour créer un nouveau rapport pacifique entre les communautés<sup>43</sup>.

Cette perception n'est pas différente de celle dévolue au marché au Niger. En effet, selon Jean Pierre Olivier de Sardan, « Depuis toujours, le marché a joué un rôle social important pour les villageois »<sup>44</sup>. Le marché est donc le lieu principal de rencontres sociales (positives ou négatives), l'occasion de prendre des nouvelles, de croiser les amis ou voisins, de traiter des affaires foncières ou des mariages. Le jour du marché est aussi l'occasion pour les chefs traditionnels, auxiliaires de l'administration, de régler, par la conciliation, les conflits entre personnes, d'assister les individus en situation difficile<sup>45</sup>. En un mot, l'on est loin de la perception de Polanyi qui considère que le marché ne serait pas une manière singulière de tisser du lien social mais au contraire le plus sûr moyen de le détruire<sup>46</sup>.

Par ailleurs, le marché au Niger est aussi un cadre d'information et de sensibilisation tant pour les politiciens en périodes électorales, que pour les agents des services techniques de l'Etat qui profitent de cet espace pour diffuser des messages du gouvernement ou vacciner les animaux et les hommes contre les maladies, ainsi que pour les agents des organisations non gouvernementales (ONG) pour faire des animations et des sensibilisations sur les questions de développement.

On constate que le marché demeure un espace de sociabilité, de contrôle social et administratif. Il symbolise l'interdépendance, facteur important mais non suffisant pour expliquer la dynamique du processus d'intégration nationale au Niger. D'autres facteurs tels que les liens culturels et historiques contribuent de manière significative à ce processus.

---

<sup>42</sup> Voir M. WEBER, *Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Paris, Gallimard, 1991, 431 p. ; et Max WEBER, « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », In : Max WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992, p. 301-364.

<sup>43</sup> M. WEBER, *Economie et société*, volumes 1 et 2, Paris, 1995, Pocket, respectivement p. 128 et p. 412.

<sup>44</sup> J.-P. OLIVIER de SARDAN, *Système des relations économiques et sociales chez les wogo (Niger)*, Paris, Musée de l'Homme, 1969, p. 193.

<sup>45</sup> O. AMADOU, *op. cit.*, p. 49.

<sup>46</sup> Propos de K. POLANYI rapporté par P. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 7.

**B. L'intégration nationale par les liens culturels et historiques**

Deux aspects fondamentaux de la dynamique de l'intégration au Niger seront discutés. Il s'agit de l'histoire, souvent conflictuelle, avec des souvenirs partagés (1) et des liens culturels (2).

*1. L'intégration par une histoire souvent conflictuelle et par des souvenirs partagés*

Le Niger est un espace ouvert surtout dans sa partie sud, où le relief ne constitue pas un handicap pour la circulation d'est en ouest et du sud au nord. C'est aussi un espace de passage des pèlerins venant du Soudan occidental et beaucoup de ces voyageurs en partance ou de retour du hedjaz, se sont installés dans cet espace. Chaque groupe ethnique est lui-même le résultat d'une intégration : les Haoussa sont formés des Peuls, des Touregs, des Kanouris et des Zarmas qui partagent la langue haouassa ; les Zarmas sont formés des descendants de Mali Béro, des Tobili, des Attakurma, des Kallé, des Golés, des Haoussa de l'Aréwa (les Gubawa et les Mawri) ; les Songhays sont formés de plusieurs groupes d'agriculteurs, des pêcheurs et des chasseurs.

Selon Seré de Rivières, le Niger tire les éléments de son unité à travers son histoire faite de conquêtes, d'empires et de sultanats<sup>47</sup>. En effet, les provinces nigériennes n'ont pas été réunies artificiellement. Elles ont en commun un long passé, des interpénétrations, des liens longuement tissés par l'histoire<sup>48</sup>, des traditions et des souvenirs communs. Les provinces nigériennes sont toutes nées d'un mouvement historique de dissociation d'un vaste empire. L'espace sonrhay au Niger résulte de la dislocation de l'empire de Gao ; l'aire haoussa concerne les populations haoussa qui ont, à travers des siècles, lutté obstinément pour maintenir, contre les territoires haoussa du Nigeria, leurs particularismes et leur indépendance. A l'est, les Manga se sont dissociés de l'empire du Bornou et au nord les Touaregs nigériens n'avaient pas suivi leurs frères du Hoggar, leurs conditions de vie les tournant vers le sud en symbiose avec le monde sédentaire.

Comme on le constate, les provinces du Niger sont intimement liées par l'histoire de l'éclatement des empires qui se sont succédés à savoir l'empire sonrhay qui s'étendit jusqu'à l'ouest du Niger actuel ; l'empire bornou qui s'étendit jusqu'au Damagaram et le califat de Sokoto qui s'étendit du fleuve Niger au pays haoussa.

---

<sup>47</sup> E. SERE de RIVIERES, *Histoire du Niger*, Paris, Berger Levrault, Coll. « mondes d'outre-mer », 1965, p. 2.

<sup>48</sup> Oumarou SIDIKOU, *op. cit.*, p. 8.

L'histoire du Niger est faite de conquêtes, mais elle est aussi singulière par sa finalité. L'intégration qui en résulte est aux antipodes des intégrations en Europe où l'on sait que l'intégration a été faite par assimilation des vaincus.

## 2. *L'intégration nationale par les liens culturels*

Au Niger, c'est la démarche contraire qui a été adoptée : le vaincu est respecté et le cousinage à plaisanterie a été conçu afin de ne pas donner l'impression de dominer l'autre, de mépriser le vaincu. Le dominé accepte sa défaite sans rancune. C'est ainsi que chaque ethnie est reliée à une autre, au moins, par ce lien de parenté à plaisanterie<sup>49</sup> qui favorise la persistance des traditions séculaires de convivialité, de confiance, de tolérance et d'entraide. Les parents à plaisanterie peuvent s'invectiver, s'approprier même les biens des uns ou des autres sans que nul n'y trouve à redire<sup>50</sup>.

Certains universitaires ont trouvé, dans cette relation particulière entre groupes ethniques, un formidable régulateur des tensions communautaires, ce qui justifie l'absence de conflits interethniques majeurs. Et le propos du journaliste Adrahamane Saliou indique que « malgré la multiethnicité qui le caractérise, le Niger est l'un des rares pays en Afrique où règne au sein de la population une symbiose, une harmonie et un respect mutuel. Des liens decousinage à plaisanterie tissés depuis des temps immémoriaux entre les ethnies font que les tensions et les crises éventuelles sont automatiquement et socialement atténuées dès que l'arme du cousinage à plaisanterie est brandie »<sup>51</sup>.

Toutefois, Jean Pierre Olivier de Sardan nuance cette perception de la parenté à plaisanterie en disant « si le cousinage à plaisanterie « décontracte » effectivement les relations, il ne témoigne pas forcément d'une ouverture extraordinaire à l'autre. La xénophobie tout comme les tensions-interethniques existent »<sup>52</sup>. La parenté à plaisanterie est beaucoup plus perceptible dans les rapports entre individus que dans les rapports entre groupes.

Les différentes communautés nigériennes se sont confrontées. Elles se sont heurtées pour se brasser par la suite formant des peuples nouveaux qui

---

<sup>49</sup> Cette expression de plus en plus consacrée est mal appropriée. Il serait plus pertinent de parler d'alliance à plaisanterie ; car la parenté à plaisanterie renvoie plus aux liens de cousinage à plaisanterie entre des personnes unies par des liens de sang.

<sup>50</sup> C. JUOMPAN-YAKAM, « La parenté à plaisanterie au Niger », In *Jeune Afrique*, Dossier : Le Niger entre deux fronts, 15 octobre 2015.

<sup>51</sup> A. SALIOU, « Elections présidentielles : les raisons du succès ! » in *Journal Haské* en date du 21 novembre 2004, 2004.

<sup>52</sup> Propos recueilli par C. JUOMPAN-YAKAM, *ibid.*

harmonisèrent leurs diversités dans des sociétés bien structurées, dans des clans constitués, étendus et permanents. Catherine Coquery-Vidrovitch le résume bien en disant : «Vers l'est, au-delà du pays hausa occupé par les Peuls dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, s'étendaient les steppes désertiques du Soudan central. C'est l'assèchement amorcé depuis le milieu du XVI<sup>e</sup> siècle et accentué par les grandes famines du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui rend compte de la pression accrue des Touaregs sur la zone naguère dominée par le songhaï de Gao. Descendus de l'Aïr, les Touaregs déstabilisèrent le royaume du Bornou... »<sup>53</sup>

Après ces périodes de tensions et conflits, des liens matrimoniaux se sont succédés entre les différentes communautés. Ce qui consolide la paix. Le métissage ethnique né des mariages préserve le Niger des conflits interethniques meurtriers comme on le constate dans certains pays africains.

Outre le brassage ethnique, dès le début du XI<sup>e</sup> siècle, les différentes communautés de cet espace constituant l'Etat du Niger ont embrassé l'islam, ce qui créa des habitudes semblables, indispensables à une coexistence pacifique entre elles. L'islam facilite le processus d'intégration nationale au Niger. Il codifie la coexistence, même entre les non-musulmans et insiste sur la préservation de la paix. Les différentes communautés partagent les mêmes valeurs religieuses. Elles pratiquent un islam tolérant vis-à-vis des autres religions notamment les chrétiens. C'est aussi un pays où la religion musulmane occupe une place prépondérante. Mais c'est un islam pacifique qui a su composer pendant longtemps avec les autres religions et qui est par conséquent un facteur de paix et de cohésion sociale. Catherine Coquery-Vidrovitch le confirme en ces termes « ... Le maï -souverain du Bornou-exerçait un pouvoir souple, attentif aux influences musulmanes apportées du nord par le commerce, mais fidèle aussi aux pratiques coutumières animistes »<sup>54</sup>.

Ces habitudes communes ont permis une interpénétration de ces peuples dans le sens d'une certaine unité. C'est ainsi que l'empire du Bornou a étendu ses tentacules sur l'Aïr. A partir de 1517, le kanta de Kebbi avait réuni sous son autorité tous les pays haouassa, tout l'Aïr et une bonne partie de l'Ader.

Par ailleurs, la commémoration de certains événements notamment l'anniversaire de la proclamation de la République le 18 décembre de chaque année et celui de la proclamation de l'indépendance nationale le 3 août constituent des grands moments symboliques par lesquels tous les membres de la communauté nationale assurent et réaffirment leur identité nationale par les souvenirs et les mémoires communes qu'ils partagent. La proclamation de

---

<sup>53</sup> Catherine COQUERY-VIDROVITCH (1999), *op. cit.*, p. 44.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 44.

la République et la proclamation de l'indépendance sont des souvenirs et des mémoires communs qui unissent les populations nigériennes dans leurs diversités. L'implication de toutes les communautés dans l'organisation de ces cérémonies commémoratives prouve l'adhésion des Nigériens à leur histoire commune.

## **II. L'intégration nationale au Niger consolidée par les politiques publiques**

En dépit de toutes ces situations qui fondent le processus d'intégration au Niger, les autorités politiques ont très tôt conçu des politiques publiques tendant à consolider le processus d'intégration nationale d'une part, et à maintenir l'unité fragile du pays du fait de son environnement géopolitique recelant de puissants ferments de division, d'autre part. Ici, l'analyse portera plus particulièrement sur l'aménagement des espaces de communication (A) ainsi que sur l'école et la fonction publique (B) comme vecteurs de consolidation de l'unité nationale.

### **A. L'intégration nationale au Niger consolidée par l'aménagement des espaces**

Les autorités nigériennes ont très tôt compris que le renforcement de l'intégration nationale suppose l'aménagement du territoire à travers le redécoupage territorial (1) et la construction des routes et des marchés (2).

#### *1. Le redécoupage territorial, instrument d'intégration nationale*

Dès le lendemain de l'indépendance, les autorités ont procédé en 1961 à un découpage territorial permettant de regrouper sur une même circonscription administrative plusieurs communautés<sup>55</sup>. C'était une stratégie permettant d'intégrer davantage les ethnies. Les politiques d'administrations de ces entités créées poursuivent les mêmes objectifs.

Certaines contingences amènent les autorités politiques à procéder à des redécoupages administratifs et territoriaux. On peut citer à titre illustratif la

---

<sup>55</sup> Voir la loi n° 61-50 du 31 décembre 1961 portant organisation des collectivités territoriales du Niger ; la loi n° 64-023 du 17 juillet 1964 portant le même objet que la loi précédente, l'ordonnance n° 83-26 du 4 août 1983 portant organisation de la Société du développement instituant un nouvel organe délibérant le Conseil de développement ; la loi n° 2001-023 du 10 août 2001 portant création des circonscriptions administratives et des collectivités territoriales ; la loi n° 98-31 du 14 septembre 1998 portant création des régions et fixant leurs limites et le nom de leur chef lieu, etc.

réforme décentralisatrice de 2001 liée en partie aux revendications des rebellions touarègues des années 1990.

Toutefois, certaines réformes paraissent ambiguës. On sait que la décentralisation a de fortes implications en matière démocratique. On sait également que les autorités nigériennes sont attachées dans le discours à la notion de « nation nigérienne ». Mais dans la pratique, on s'aperçoit que les référents identitaires restent très vivaces<sup>56</sup>. D'ailleurs, l'on peut s'interroger sur la création des circonscriptions électorales spéciales pour les élections législatives au Niger. Leur consécration par la Constitution de la troisième République, en 1992, vise à assurer la représentation des minorités ethniques à l'Assemblée nationale. De sept circonscriptions au départ, elles sont neuf aujourd'hui avec la création de la circonscription de Torodi pour la représentation des Gourmantchés.

Cette situation traduit un double paradoxe : celui d'une volonté d'intégration nationale de toutes les communautés nigériennes par le biais de la représentation et celui d'une intégration par l'interdiction de tout recours à des critères ethno-régionalistes dans la conquête du pouvoir politique. Il convient de souligner que toutes les Constitutions nigériennes post-conférence nationale, les Code électoraux, la charte des partis politiques ainsi que le statut de l'opposition interdisent le recours aux critères ethniques et régionalistes dans la création des partis politiques et pendant la campagne électorale.

### *2. La construction des routes à vocation intégratrice*

Les études recensées sur les routes au Niger ont privilégié trois dimensions à savoir : aménagement du territoire (Issa Abdou Yonlihinza) ; développement des activités économiques (Mayaki Hadjara, 1994 ; Zaki Yahouza *et al.*, 2009)<sup>57</sup> et intégration régionale et/ou sous-régionale (Idrissa

---

<sup>56</sup> Voir P. l'HOTTE, *Le politique est-il soluble dans la « bonne gouvernance » ? : interactions entre partenaires techniques et financiers (PTF) et élites nationales dans la décentralisation*, thèse de doctorat soutenue à l'Ecole de Hautes Etudes de Sciences Sociales (EHESS), Paris, 2014.

<sup>57</sup> Voir les travaux suivants : I. A. YONLIHINZA, *Transport et désenclavement dans la problématique du développement local à Téra au Niger*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Toulouse 2, le Mirail, Toulouse, 2011, 408 p. ; H. MAYAKI, *Développement économique des transports terrestres au Niger*, Mémoire de DESS : Transport, communication et logistique des échanges internationaux, Université Paris IV, 1994, 107 p. ; Y. ZAKI *et al.*, *Etude sur le transport routier au Niger*, Conseil Economique Social et Culturel (CESOC), Niamey, 2009, 66 p.

Kimba, 1995 ; Souley Halimatou, 2004)<sup>58</sup>. La prédominance de la dimension économique et de la dimension aménagement du territoire se justifie par le fait que ces travaux ont été effectués par un géographe, un historien et deux économistes qui n'ont mis en avant que les aspects qu'ils maîtrisent.

Et pourtant, les routes jouent un autre rôle. Elles constituent un véritable facteur d'intégration nationale par le désenclavement des sociétés locales qu'elles entraînent<sup>59</sup>, même si on peut déplorer le nombre de kilomètres de routes construites de 1960 à nos jours. Selon la direction générale des travaux publics, en termes quantitatifs le réseau routier nigérien a évolué de 3 000 kilomètres en 1960 à 18 949 kilomètres en 2008<sup>60</sup>; en termes qualitatifs de moins de 100 kilomètres en 1960 de routes bitumées on est passé à 3 912 kilomètres en 2008. Le nombre des routes, sur le plan quantitatif et qualitatif, a augmenté depuis 2011. Selon le bilan du président de la République, Issoufou Mahamadou, de 2011 à 2016, ce sont 2 400 kilomètres de routes qui ont été bitumées aménagées et/ou construites et 2 466 kilomètres de routes rurales qui ont été aménagées et/ou construites<sup>61</sup>.

Comme on le constate, le réseau routier nigérien est modeste si l'on tient compte de l'immensité de ce territoire de 1 267 000 km<sup>2</sup>. Mais c'est un secteur qui a tout de même bénéficié d'une attention particulière au cours de trois décennies postindépendance selon le candidat Issoufou Mahamadou<sup>62</sup>.

Une telle attention n'est pas fortuite, car au Niger, les routes sont construites d'une part pour promouvoir les activités économiques et, d'autre part, pour relier les différentes zones et par là même permettre aux différentes communautés de se connaître davantage. Les routes ont été un véritable instrument d'échange culturel et social. « La route est un véritable facteur d'intégration nationale, c'est pour cela que la population appelle la route Balleyara-Loga, la route de la parenté à plaisanterie » disait le président de la République, Issoufou Mahamadou, dans son discours du 5 avril 2018 lors de

---

<sup>58</sup> Voir les travaux suivants : K. IDRISSE, « L'échec d'une politique d'intégration : les projets ferroviaires et le territoire du Niger (1880-1940) », In *colloque sur le thème : AOF : esquisse d'une intégration africaine*, Dakar, 16-23 juin 1995, Dakar, la Sénégalaise de l'imprimerie. ; H. SOULEY, *Déréglementation du transport routier de marchandises au Niger et intégration sous-régionale*, Thèse soutenue à l'Université Paris 12, 2004, 424 p.

<sup>59</sup> Voir E. WEBER, *la fin des terroirs. La modernisation de la France rurale*, 1870-1914, Paris, Fayard/éditions Recherches, 1983, 830 p.

<sup>60</sup> Données tirées de la thèse de Issa Abdou YONLIHINZA (2011), *op. cit.*, p. 21.

<sup>61</sup> I. MAHAMADOU, *Programme de la renaissance II 2016-2021*, Niamey, Nouvelle imprimerie du Niger, 2016, p. 96.

<sup>62</sup> I. MAHAMADOU, Niger : la renaissance. Guri Dai Dai Lokaci, Incha Allah, programme de campagne pour les élections présidentielles de 2011, p. 48.

l'inauguration de la route Balleyara-Loga. C'est dans cette optique que fut construite la route de l'uranium qui doit non seulement permettre le transport de l'uranium jusqu'au port de Cotonou, mais aussi relier toutes les communautés du massif montagneux de l'Air à leurs frères du centre, de l'est et de l'ouest. C'est ainsi que la route dite de l'uranium traverse l'Ader, passe par Agadez et se prolonge jusqu'à Arlit où se trouvent les sites d'extraction de l'uranium. Pour Bilma, nonobstant la précarité des ressources locales et de la faiblesse des échanges, les autorités ont amélioré les infrastructures administratives ainsi que des moyens de communications aériennes et terrestres afin d'intégrer cette frange de citoyens au reste du pays.

Afin d'éviter que les citoyens de la partie orientale du Niger soient tournés définitivement vers le Nigeria voisin avec qui ils commercent au moyen de la naira comme monnaie d'échange, le gouvernement, sous l'impulsion du premier président de la République, Diouri Hamani, a décidé de construire la route reliant l'ouest nigérien à N'guigmi. La construction de cette route dite « route de l'unité », grâce au financement obtenu auprès de l'Etat canadien, vise d'une part à arrêter la « sécession monétaire »<sup>63</sup> et, d'autre part, à permettre aux citoyens de cette zone de la Komadougou de vendre leurs productions à leurs compatriotes nigériens des régions du nord, de l'ouest et du centre<sup>64</sup>. Par ces échanges, ils seront organiquement intégrés dans la communauté nationale.

La poste ainsi que la radio puis la télévision nationales ont été aussi des outils efficaces de rapprochement des peuples. La poste a existé au Niger avant l'indépendance du pays. C'était l'outil sur lequel s'est appuyé le colonisateur pour assurer sa communication. Elle est un véritable outil de liaison et d'échange, raison pour laquelle les autorités du Niger ont créé, dès 1960, l'Office des postes et télécommunications (OPT). Toujours dans le souci de communiquer avec la population, le pouvoir colonial a installé en octobre 1958 « Radio Niger » qui fut transformée en 1967 en Office de radiodiffusion et télévision du Niger (ORTN) par la loi n° 67-011 du 11 février 1967, modifiée par l'ordonnance n°78-21 du 12 octobre 1978, en l'érigeant en établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC). L'ORTN joue un rôle de rapprochement des citoyens par les émissions de sensibilisation qu'elle effectue. Souvent, c'est par son canal que les autorités politiques véhiculent des messages de cohésion nationale à travers des pièces de théâtres, des chansons et des débats. D'ailleurs parce qu'elle est un vecteur de l'unité nationale, les autorités n'ont ménagé aucun

---

<sup>63</sup> Les populations de cette région préfèrent la monnaie du Nigeria (naira) au franc CFA.

<sup>64</sup> O. SIDIKOU, *op. cit.*, p. 309.

effort pour assurer la couverture de la radio nationale sur plus de 90 % du territoire national. Contrairement à Pierre-Antoine Pontoizeau qui les considère comme un outil de déstructuration sociale<sup>65</sup>, il est indéniable que la radio et la télévision sont des véritables outils de rapprochements des Nigériens par les messages qu'on leur fait véhiculer.

Toutefois, il est déplorable de constater la dégradation de la poste. Cette dernière n'a pas pu s'adapter et s'imposer rapidement dans le secteur de la communication dans ce contexte de libéralisation consécutive au processus de la mondialisation. Quant à la radio et la télévision nationales, elles subissent les effets de la concurrence des médias privés, mais elles résistent du fait de leurs capacités à couvrir presque l'ensemble du territoire national. La libéralisation du secteur de la communication est un couteau à double tranchant : elle est un facteur incontournable de consolidation de la démocratie et pourrait être un facteur de désunion à travers des messages haineux que les médias peuvent diffuser. En outre, certains outils de communication moderne tels que facebook, whatsapp sont des vecteurs de diffusion de messages haineux et ethnistes. Si des mesures conséquentes ne sont pas prises, il est fort à craindre que les technologies de l'information et de la communication (TIC) deviennent des instruments de remise en cause de la cohésion nationale au Niger.

### ***B. L'intégration nationale par l'école et la fonction publique***

Dans cette sous partie, l'analyse portera d'une part sur le rôle de l'école dans la dynamique d'intégration nationale au Niger (1) et, d'autre part, sur le rôle joué par la fonction publique dans ce processus (2).

#### *1. L'école, un espace d'intégration nationale*

Pour Emile Durkheim « la société ne peut vivre que s'il existe entre ses membres une suffisante homogénéité en fixant d'avance dans l'âme de l'enfant les similitudes essentielles que réclame la vie collective »<sup>66</sup>.

L'école représente un autre lieu de socialisation, elle est censée inculquer un certain nombre de valeurs, et de nouvelles normes qui complètent celles reçues au niveau de la cellule familiale. L'école est aussi l'institution qui fait naître les citoyens parce qu'elle leur assure l'ascension sociale. Par la promotion sociale qu'elle leur assure, elle est le gage de l'égalité et l'édification de la République.

---

<sup>65</sup> P.-A. PONTOIZEAU (1991), « Médias au Niger », In *Quadreni*, n°13-14, Printemps 1991. Territoires et communication, p. 77-81.

<sup>66</sup> Propos d'E. DURKHEIM cité par D. SNAPPER, *op. cit.*, p. 34.

## La dynamique d'intégration nationale en Afrique

L'école républicaine fondée en 1881 par Jules Ferry, en France, se veut fédératrice et intégratrice : rassembler tous les enfants autour d'idéaux communs, des valeurs communes, républicaines et prôner une morale liée à des qualités universelles en dehors de toute religion.

L'école a un autre objectif : intégrer les enfants quel que soit leur milieu social d'origine en assurant une égalité d'accès au savoir de base. Elle parvient à faire sortir de leur condition sociale certains individus tout en les intégrant dans l'idéal républicain. Cette école, de par son histoire et son ancrage territorial, est un espace dans lequel les nouvelles générations apprennent à vivre en collectivité en partageant des valeurs, une langue et une histoire commune. C'est donc un espace d'intégration singulier qui contribue à la création d'un corps politique unifié appelé « Nation »<sup>67</sup>.

C'est conscient de l'importance de l'école pour l'intégration et le progrès social que les premières autorités du Niger, après l'indépendance, ont fait de l'école une priorité. Il fallait résoudre le problème d'analphabétisme très criard, de l'ordre de 99,1 % en 1960<sup>68</sup>. Pour cette fin, les autorités n'ont ménagé aucun effort pour créer des écoles dans toutes les contrées du pays. Un recrutement sous forme de conscription est effectué chaque année pour scolariser les enfants en ville comme en campagne. Afin de réduire le taux trop élevé d'analphabétisme, les autorités ont initié le système d'école ambulante dans les zones nomades. Ce système consiste à ce que le maître d'école suive les pasteurs dans leurs transhumances à la recherche du pâturage. L'école ambulante vise à maintenir l'enfant dans son milieu naturel, attaché à sa famille et aux valeurs de celle-ci. On peut également noter les cantines scolaires qui ont joué un rôle non négligeable dans la dynamique d'intégration nationale par la proximité intercommunautaire qu'elles créent.

Outre ce système, le Niger est le premier pays en Afrique à initier le système de télévision scolaire dont l'objectif est de réduire le taux d'analphabètes tout en s'adaptant à la situation économique du pays. Son but est d'assurer pour tous les enfants une plate-forme de connaissances et d'attitudes qui faciliteront leur adaptation à n'importe quelle orientation choisie par l'Etat. Comme on peut le déceler, la philosophie de ce système repose essentiellement sur l'intégration du Nigérien dans son environnement économique et social.

L'école étant obligatoire, les parents -bien que réfractaires vis-à-vis de cette institution considérée comme productrice d'aliénés occidentaux- se

---

<sup>67</sup> Sur cet aspect, voir l'avant-propos de P. GAUBERT, in *rapport du Haut conseil à l'intégration* adressé au premier ministre français pour l'année 2010 intitulé « Les défis de l'intégration à l'école : l'école, espace d'intégration sociale et culturelle ».

<sup>68</sup> Voir O. SIDIKOU, *op. cit.*, p. 25.

résignent d'y envoyer leurs enfants. Le gouvernement a créé des internats pour accueillir les élèves d'origines diverses. Cette politique d'internat vise deux objectifs qui sont complémentaires. D'une part, assurer une prise en charge alimentaire correcte pour permettre aux élèves de suivre les cours et ne pas fuguer et, d'autre part consolider davantage le processus d'intégration déjà commencé. En effet, c'est par le biais des internats, notamment le lycée national de Niamey, le lycée de jeunes filles communément appelé lycée Kassai, le cours normal de Tahoua, que les autorités politiques ont voulu réaliser l'intégration par la mixité des jeunes gens venant de milieux sociaux différents. A travers ces internats, les élèves originaires des différentes régions du Niger se sont côtoyés et ont tissé des liens très forts. Des amitiés sont nées dans ce cadre. Des liens familiaux s'y sont tissés.

L'école a été un puissant vecteur de diffusion des valeurs nationales et républicaines. L'enseignement de l'histoire et de la géographie permet aux élèves de connaître et de partager l'appartenance à un territoire commun et à une histoire commune de leurs ancêtres. Grâce à ces enseignements, ils savent d'où ils viennent ; que leurs origines sont faites de métissages ; que leurs cultures se rapprochent fortement.

Enfin, il convient de noter que la langue française, choisie comme langue de transmission du savoir, participe à cette volonté de faire de l'école un facteur d'intégration. En effet, les élèves et leurs maîtres, sans renoncer à leurs langues nationales, trouvent grâce à l'école, une langue transversale de communication. La langue française les rapproche alors que leurs langues pourraient être un facteur de distanciation.

Malheureusement, la dégradation du système éducatif nigérien fait que l'école ne constitue plus ce creuset social qu'elle fut. Le régime militaire y est pour quelque chose pour avoir fermé tous les internats. Mais ce sont les programmes d'ajustement structurel qui ont démoli l'école par la réduction substantielle du budget alloué à l'éducation. Par manque de moyens, l'école publique est devenue un espace d'enseignement au rabais, de contestations récurrentes, un espace où les années blanches se répètent. De cette situation, s'en suit la désertion des enfants des élites politique, économique et administrative. Ces dernières préfèrent inscrire leurs enfants dans les établissements privés qui pullulent dans les villes. Par ce phénomène de privatisation outrancière de l'école, les enfants des pauvres n'ont aucune chance de côtoyer ceux des riches, des hauts fonctionnaires, des députés, des ministres et vice-versa. La mixité sociale qu'on attend de l'école est entrain de devenir un leurre. L'école publique est en train de devenir un ghetto social. Les frustrations sociales nées de cet « apartheid académique » rendent les jeunes déscolarisés vulnérables aux propagandes des extrémistes religieux et autres acteurs qui ne sont contents qu'en période de crise.

2. *L'intégration nationale par la fonction publique*

Avant tout propos sur cet aspect, il est important de relever comme l'ont fait des chercheurs les plus qualifiés, un désintérêt pour la recherche sur la sociologie des fonctionnaires<sup>69</sup>. En effet, sur les 5 000 à 6 000 articles d'une douzaine de revues<sup>70</sup> parcourues par Jean Copans, moins de 0,5 % portent sur le domaine de la sociologie des fonctionnaires, de l'administration ou encore du service public<sup>71</sup>. Ces quelques rares travaux sont souvent des études monographiques sur la fonction publique de tel ou tel pays, sur un aspect particulier comme c'est le cas des analyses de Niane Babacar sur la formation de la classe dirigeante au Sénégal<sup>72</sup> ou au Niger avec les travaux des chercheurs du Lasdel portant sur les pratiques de corruption dans certains secteurs de l'administration.

D'autres, plus généraux, avec des titres provocateurs, ont été effectués sur les pratiques routinières de quelques secteurs de l'administration publique<sup>73</sup> en faisant ressortir des pratiques malsaines telles que la corruption, les passe-droits, etc. C'est ce qui ressort de l'article de Dominique Darbon intitulé « De l'introuvable à l'innommable : fonctionnaires et professionnels de l'action publique dans les Afriques »<sup>74</sup>. Dans cet article, l'auteur considère que le fonctionnaire est introuvable en termes de conceptualisation comme il l'est souvent physiquement dans les bureaux; Marc Raffinot et François Roubaud dans l'article introductif<sup>75</sup> du numéro 20 de la Revue *Autrepart* insistent sur

---

<sup>69</sup> J. COPANS, « Afrique noire : Etats sans fonctionnaire », in revue *Autrepart* n° 20, 2001, p. 13.

<sup>70</sup> Il s'agit des revues suivantes : *Autrepart*, *Africa*, *African Affairs*, *African studies Review*, *Afrique contemporaine*, *Afrique développement*, *Cahiers d'études africaines*, *Cahiers de sciences humaines (ORSTOM)*, *Journal of modern African studies*, *Politique africaine*, *Revue canadienne des études africaines*, *Revue tiers-monde*, *Review of African Political Economy*.

<sup>71</sup> J. COPANS, *op. cit.*, p. 13.

<sup>72</sup> B. NIANE, « Des énarques aux managers. Notes sur les mécanismes de promotion au Sénégal », *Actes de recherches en sciences*, 1991 ; B. NIANE, *Des instituteurs aux énarques : L'école William-Ponty, l'Ecole Normale Supérieure et l'Ecole nationale d'administration dans le processus de formation de la classe dirigeante au Sénégal*, Paris, EHESS, 1987, Mémoire.

<sup>73</sup> Voir les travaux de J.-P. OLIVIER de SARDAN, « L'économie morale de la corruption en Afrique », *Politique africaine*, N° 63-1996, p. 97-116.

<sup>74</sup> D. DARBON, « De l'introuvable à l'innommable : fonctionnaires et professionnels de l'action publique dans les Afriques », revue *Autrepart*, n° n° 20-2001, 2001, p. 27-42.

<sup>75</sup> M. RAFFINOT et F. ROUBAUD, « Recherche fonctionnaires désespérément! », revue *Autrepart* n° 20-2001, p. 5-10.

l'impasse dans laquelle se trouvent les fonctions publiques africaines et s'interrogent si les fonctionnaires africains constituent véritablement une classe sociale.

Comme on peut le constater, les rares études consacrées à la fonction publique et à l'administration publique des pays africains portent sur des aspects négatifs relatifs à l'incompétence des fonctionnaires, à l'extrême fluidité des systèmes de gestion fortement personnalisés, mais aussi au poids du mimétisme institutionnel. Bref, le constat est que la fonction publique en Afrique s'apparente à un objet politique non identifié par les politistes, les sociologues et les spécialistes de la science administrative.

Sans nul doute, un tel désintérêt résulte du fait que beaucoup d'analystes perçoivent les administrations africaines ou les fonctions publiques africaines comme de pâles copies des organisations bureaucratiques du nord déjà étudiées par des auteurs remarquables comme Michel Crozier pour le cas spécifique de la France<sup>76</sup>.

Et pourtant, loin de cette image peu reluisante, on peut dire que la fonction publique en Afrique, et particulièrement au Niger, a participé significativement à l'édification de l'Etat et à la construction de l'unité nationale. De toute évidence, cette situation n'est pas nouvelle. En Europe et aux Etats-Unis, l'émergence de la fonction publique résulte de l'association au combat pour l'émergence d'un pouvoir royal national comme l'affirment Charles Tilly<sup>77</sup> et Quentin Skinner<sup>78</sup>.

C'est cette dimension qui est privilégiée ici. Au Niger, la fonction publique par le système d'affectation, a renforcé le processus d'intégration nationale. Le fait d'affecter des agents de l'Etat hors de leurs régions d'origine a permis de consolider l'unité nationale. Les affectations ont permis aux fonctionnaires de connaître la géographie de leur pays, ses paysages mosaïques ainsi que les valeurs culturelles de ses populations. Avec la fonction publique, les ethnies se sont mélangées, les fonctionnaires prenant, le plus souvent, leurs épouses dans leurs premiers postes d'affectation. La fonction publique nigérienne a contribué au brassage interethnique au Niger. Aujourd'hui, on peut dire que les familles des fonctionnaires sont les plus intégrées au Niger. C'est dans ces familles que le multilinguisme est très développé. Dans certaines de ces familles, on trouve des enfants qui parlent plusieurs langues nigériennes.

---

<sup>76</sup> M. CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Paris, édition le Seuil, 1985.

<sup>77</sup> C. TILLY, *Contraintes et capital dans la formation de l'Europe, 990-1990*, Paris, Aubier, 1990.

<sup>78</sup> Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, 2001.

## La dynamique d'intégration nationale en Afrique

Par ce système qui relève d'un choix délibéré des premières autorités politiques du Niger, les fonctionnaires nigériens, sans qu'ils en soient conscients, participent à la consolidation du processus d'intégration nationale. Au vue du rôle important que joue la fonction publique nigérienne dans l'édification de l'Etat -ce sont ses agents qui symbolisent l'existence et l'autorité de l'Etat dans certaines contrées du pays, et la consolidation du processus d'intégration nationale- certains analystes doivent revoir leur perception de l'administration publique africaine et de la fonction publique en Afrique.

Il est certes indéniable que la fonction publique au Niger, comme ailleurs en Afrique, présente des tares qui ne sont pas rédhibitoires. Pour autant cela ne doit pas conduire à une critique un peu trop sévère de l'administration et de ses fonctionnaires. En tout état de cause, l'exemple du Niger prouve que la fonction publique, nonobstant les critiques dont elle fait l'objet, est indispensable dans un Etat et qu'elle constitue un véritable outil de politique publique intégratrice.

\*

\* \*

Il ressort de cette analyse que le Niger constitue un cas singulier en Afrique sur le plan de la dynamique de l'intégration nationale. En effet, nonobstant sa pauvreté et le caractère multiethnique de sa population, qu'il convient toutefois de relativiser, le Niger est un Etat dans lequel la dynamique d'intégration nationale est véritablement en marche, en dépit de quelques événements et attitudes, notamment la rébellion touarègue dans les années 1990, les tentatives de coups d'Etat à connotation ethniques selon certains analystes<sup>79</sup>, les recours à l'ethnie et/ou région comme outils à la mobilisation électorale pour la conquête du pouvoir politique dans le cadre de la démocratie pluraliste.

Si le Niger a surmonté toutes ces situations qui pouvaient être des moments de ruptures, c'est parce que ses différentes communautés sont unies par des liens séculaires qui remontent à une histoire faite de brassages et d'échanges, mais aussi unies par des liens culturels du fait de la religion musulmane que ces communautés ont en partage. La pratique religieuse est faite dans un esprit de tolérance, d'où la pacifique cohabitation de l'islam avec le christianisme et même la religion du terroir (l'animisme). Les peuples

---

<sup>79</sup> A. Niandou SOULEY, *op. cit.*

du Niger sont divers, certes, mais ne sont pas antagonistes, contrairement à l'affirmation infondée de Pierre-Antoine Pontoizeau<sup>80</sup>.

Mais au-delà du socle intégrateur lié à l'histoire et à la culture, la configuration géographique contrastée du pays (un nord plus étendu mais désertique et un sud moins vaste mais sahélo-soudanien) constitue un véritable facteur d'intégration de ces communautés. Cette situation contraint les différentes entités à l'interdépendance d'abord économique, et ensuite sociale.

L'analyse qui vient d'être menée a démontré aussi que la dynamique de cohésion nationale a été consolidée par des politiques publiques, notamment dans le secteur de l'aménagement du territoire, de l'école et de la fonction publique.

La construction de la route dite de « l'uranium » et la route dite de « l'unité » a permis d'intégrer respectivement les populations de la partie septentrionale et orientale du pays à leurs concitoyens du centre et de l'ouest. L'école et la fonction publique ont dynamisé l'intégration sociale déjà entamée à travers le marché. Par l'école et la fonction publique le métissage a été renforcé au Niger.

L'analyse du processus d'intégration au Niger montre qu'une nation pluriethnique est possible en Afrique. Cette étude montre également, contrairement à certaines allégations, que le processus d'édification de la nation en Afrique ne date pas de la période postindépendance. Au Niger, l'Etat n'a pas créé la nation. Il l'a tout simplement consolidé à travers des politiques pertinentes dans ce sens.

Toutefois, cette nation en phase de consolidation fait face à des défis redoutables, notamment le recours à des arguments ethniques et régionalistes par des hommes politiques en quête d'électorat, les replis communautaires liés à l'insuffisance des offres de services publics et conduisant certaines personnes à créer des associations informelles de « ressortissants ». Celles-ci apportent des appuis multiformes aux services techniques de l'Etat. C'est souvent au niveau de ce genre d'associations que l'esprit communautariste se cultive.

On peut citer, entre autres défis, la problématique de l'intégration républicaine<sup>81</sup> en tant que nouveau paradigme. Il existe malheureusement, dans certaines communautés, des ségrégations liées à des pratiques telles que l'esclavage. Ces pratiques, bien qu'interdites par l'Etat, persistent. C'est un

---

<sup>80</sup> P.-A. PONTOIZEAU affirme : « ... *Le Niger est un Etat sans Nation... Les peuples y sont divers et de traditions antagonistes, les langues différentes et souvent rivales* », in *Quadreni*, op. cit., p. 77.

<sup>81</sup> J. HABERMAS, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard/Pluriel, 2014.

paradoxe que Tidjani Alou Mahaman a relevé en disant : « L'Etat édicte des grands principes républicains sous la pression des forces sociales et de ses partenaires extérieurs, en même temps, il tolère et entretient des pratiques qui sont antinomiques à ses propres cadres de référence »<sup>82</sup>. Le cas de Timidria, qui en appelle constamment à l'application de l'ordre républicain sans distinction et partout, est révélateur de ce paradoxe caractérisé par la persistance de l'esclavage dans un pays démocratique<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> M. TIDJANI ALOU, « Démocratie, exclusion sociale et quête de citoyenneté : cas de l'association Timidria au Niger », In *Journal des Africanistes*/Année 2000/70-1-2, p. 174.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 177.

## BIBLIOGRAPHIE

- AMADOU (O.) (2011), «Le service public de Marché à Balleyara, Guidan Roundji et Say », *Etudes et travaux du LASDEL* n° 90.
- BAYART (J.F.) (1989), *L'Etat en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard.
- BLUNDO (G.) (2001), « Négociier l'Etat au quotidien : agents d'affaires, courtiers et rabatteurs dans les interstices de l'administration sénégalaise », revue *Autrepart*, n°20, p. 75-90.
- BOURDIEU (P.) (1984), *Question de sociologie*, Paris, édition de minuit.
- BREMOND (J.) et GALEDAN (A.) (1981), *Dictionnaire économique et social*, Paris, Hatier.
- CHAMBOREDON (J.C.), LEMAIRE (M.) (1970), « Proximité spatiale et distance sociale. Les grands ensembles et leur peuplement », *Revue française de sociologie*, volume XI, p. 3-33.
- COQUERY-VIDROVITCH (C.) (1999), *L'Afrique et les Africains au XIX<sup>e</sup> siècle. Mutations, révolutions, crises*, Paris, Armand Colin.
- COPANS (J.) (2001), « Afrique noire : un Etat sans fonctionnaire », revue *Autrepart*, n°20, p. 11-26.
- COLIN (R.) (1990), « Dynamiques populistes et cristallisations institutionnelles (1960-1990) », *Politique africaine* n°38, p.30-39.
- CROZIER (M.) (1995), *Petits fonctionnaires au travail. Compte rendu d'une enquête sociologique effectuée dans une administration publique française*, Paris, édition C.N.R.S.
- CROZIER (M.) (1985), *Le phénomène bureaucratique*, Paris, Le Seuil.
- DARBON (D.) (2001), « De l'introuvable à l'innommable: fonctionnaires et professionnels de l'action publique dans les Afriques », revue *Autrepart*, n° n°20, 2001, p. 27-42.
- DEWITE (P.) dir. (1999), *immigration et intégration : l'état des savoirs*, Paris, la Découverte.
- DIENGA (A.) (1995), « Question nationale et ethnies en Afrique noire : le cas du Sénégal », revue *Africa Development*, n° 20 (3), p. 129- 155.
- DJIBO (M.) (2002), « Rébellion touarègue et question saharienne au Niger », revue *Autrepart* n° 23.
- DJIBO (M.) (1992), *Les transformations politiques du Niger, 1958-1960*, thèse de doctorat (histoire), Université de Montréal, 2 volumes.
- DURKHEIM (E.) (1992), *Education et sociologie*, Paris, P.U.F.

- DURKHEIM (E.) (1967), *De la division du travail social*, Paris, P.U.F.
- EMERSON (R.) (1966), « Parties and national integration in Africa », in: *Political parties and political development*, LAPALOMBARA (J.), WEINER (M.), ed., Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- FERREOL (G.) dir. (1992), *Intégration, lien social et citoyenneté*, Lille, Presses universitaires du Septentrion.
- FRANCOIS (P.) (2008), *Sociologie des Marchés*, Paris, Armand Colin.
- HABERMAS (J.) (2014), *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard/Pluriel.
- HERMET (G.), BADIE (B.), BIRNBAUM (P.) et BRAUD (Ph.) (2015), *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin 8<sup>ième</sup> édition.
- JUOMPAN-YAKAM (C.) (octobre 2015), « La parenté à plaisanterie au Niger », In *Jeune Afrique*, Dossier : Le Niger entre deux fronts.
- KESLER (J.F.) (1980), *la sociologie des fonctionnaires*, Que sais- je ? n° 1802, Paris, P.U.F.
- KESSLER (M.-C.) (1986), *Les grands corps de l'Etat*, Paris, Presses de la F.N.S.P.
- KIPRE (P.) (2005), « La crise de l'Etat-nation en Afrique de l'ouest », *Revue d'Outre-mer* n° 11, p. 19-32.
- LAVROFF (D.-G.) (1972), « Régimes militaires et développement politique en Afrique noire », *Revue française de science politique* n° 5, p. 973-991.
- L'HÔTE (Ph.) (2014), *Le politique est-il soluble dans la « bonne gouvernance » ? interactions Entre partenaires techniques et financiers(PTF) et élites nationales dans la décentralisation*, thèse de doctorat soutenue à l'Ecole de hautes études en sciences sociales (EHESS), Paris, 2014.
- LOMBARD (J.) (1969), « Tribalisme et intégration nationale en Afrique noire », *Revue l'Homme et la société, sociologie et tiers-monde*, n° 12, p. 69-86.
- MAHIOU (A.) (1969), *l'avènement du parti unique en Afrique noire : l'expérience des Etats d'expression française*, Paris, LGDJ.
- MARTIN (M.-L.) (1970), *L'armée et le pouvoir politique en Afrique noire*, Bordeaux, Faculté de droit et de sciences économiques, Thèse pour le doctorat en droit.
- MOHAND (K.) (2005), *Sociologie de l'intégration*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F.
- NEMBOT (M.) (2000), *Le glas de la fonction publique dans les Etats d'Afrique noire : essai sur la signification d'une institution en quête de légitimité*, Paris, l'Harmattan.

- NIANDOU SOULEY (A.) (1990), « L'armée et le pouvoir politique », *Politique africaine* n° 38, p. 40-50.
- NIANE (B.) (1991), « Des énarques aux managers. Notes sur les mécanismes de promotion au Sénégal », *Actes de recherches en science*.
- NIANE (B.) (1987), *Des instituteurs aux énarques : L'école William-Ponty, l'Ecole Normale Supérieure et l'Ecole nationale d'administration dans le processus de formation de la classe dirigeante au Sénégal*, Paris, EHESS, Mémoire.
- OLIVIER de SARDAN (J.P.) (1996), « L'économie morale de la corruption en Afrique », *Politique africaine*, N° 63, p. 97-116.
- OLIVIER de SARDAN (J.P.) (1969), *Système des relations économiques et sociales chez les wogo (Niger)*, Paris, Musée de l'Homme.
- PONTOIZEAU (P.-A.) (1991), « Médias au Niger ». In : *Quaderni*, n° 13-14, printemps 1991. Territoires et communication, p. 77-81.
- POURTIER (R.), JOLIVET (M.) (2000), « Logiques identitaires, logiques territoriales », revue *Autrepart* n° 14.
- POURTIER (R.), « Etat et nation : la mémoire des territoires (State and nation: the memory of territories) ». In: *Bulletin de l'Association des géographes français*, 87<sup>ième</sup> année, 2010-1. 1950-2010 : 50 d'indépendances africaines, p. 145-158.
- POUTIGNAT (Ph.) et STREIFF-FENART (J.) (2008), *Théories de l'ethnicité suivi de Les groupes ethniques et leurs frontières par Fredrik BARTH*, Paris, PUF.
- RAFFINOT (M.) et ROUBAUD (F.) (2001), « Recherche fonctionnaires désespérément ! », revue *Autrepart* n° 20, p. 5-10.
- RAYNAUT (C.), ABBA (S.), « Trente ans d'indépendance : repères et tendances » ; *Politique africaine* n° 38, p. 3-29.
- RHEIN (C.) (2002), « Intégration sociale, intégration spatiale », *Revue Dans l'espace géographique* 2002/3 (Tome31), p. 193-207.
- SALIFOU (A.) (1989), *Histoire du Niger*, Paris, ACCT- Nathan.
- SERE de RIVIERES (E.) (1965), *Histoire du Niger*, Paris, Berger Levrault, Coll. « mondes d'outre-mer ».
- SIDIKOU (O.) (1972), *L'intégration nationale au Niger*, Thèse pour l'obtention du doctorat d'Etat, Paris 1-Panthéon- Sorbonne, 442 p.
- SIMMEL (G.) (1988), *La Philosophie de l'argent*, Paris, P.U.F.
- SKINNER (Q.) (2001), *Les fondements de la pensée moderne*, Paris, Albin Michel.
- SMITH (E.) (2006), « La nation par le « coté » », in *Cahiers d'études africaines*, n° 184, p. 907-967.
- SNAPPER (D.) (2007), *Qu'est ce que l'intégration ?*, Paris, Gallimard.

## La dynamique d'intégration nationale en Afrique

- SNAPPER (D.) (1991), *Sociologie de la Nation en 1990*, Paris, Gallimard, « Collection bibliothèque de sciences humaines ».
- SYLLA (L.) (1977), *Tribalisme et parti unique en Afrique noire. Esquisse d'une théorie de l'intégration nationale*, Paris, Presses de la Fondation nationale de sciences politiques.
- TIDJANI ALOU (M.) (1994), « *La question de l'unité nationale : discours et pratiques* ». In Association Timidria, Communications des conférenciers au séminaire « Droits de l'Homme en milieu nomade et semi-nomade », Tahoua, du 26 au 27 octobre 1994.
- TIDJANI ALOU (M.) (2000), « Démocratie, exclusion sociale et quête de citoyenneté : cas de l'association Timidria au Niger », In *Journal des Africanistes*/Année 2000/70-1-2, p. 173-195.
- TILLY (Ch.) (1990), *Contraintes et capital dans la formation de l'Europe, 990-1990*, Paris, édition Aubier.
- WEBER (E.) (1983), *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale, 1870-1914*, Paris, Fayard/éditions Recherches.
- WEBER (M.) (1991), *Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Paris, Gallimard.
- WEBER (M.) (1992), « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », In : WEBER (M.), *Essai sur la théorie de la science*, Paris, Plon, p. 301-364.
- WEBER (M.) (1995), *Economie et société*, volumes 1 et 2, Paris, Pocket.
- ZAJACSKOWSKI (A.), « Le problème de la Nation en Afrique noire », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 68, n° 250-253, p. 325-331.



**LA LIMITATION DE L'ACTION DE GROUPE AUX PREJUDICES  
PATRIMONIAUX COMME REMEDE AUX EXCES DE LA  
CLASS ACTION : LEÇONS POUR L'UEMOA**

**Richard Alemdjrodo,  
docteur en droit, Université de Lomé**

**Résumé**

La *class action* américaine a fait des émules à travers le monde. Si elle fascine, ses excès ont amené des pays comme la France à chercher à limiter son régime politique. Intégrer la procédure de l'action de groupe dans l'espace UEMOA nécessite une réflexion sur la manière d'éviter les abus souvent constatés ailleurs. La France a choisi, à travers la loi Hamon de 2014, de recourir à une limitation de ses conditions de recevabilité, jugeant que le régime juridique de l'action de groupe devrait être souple pour pouvoir produire pleinement ses effets positifs en termes socio-économiques. L'action de groupe est, par conséquent, limitée aux préjudices patrimoniaux, c'est-à-dire uniquement à la réparation des dommages matériels. Un tel mécanisme ne constitue-t-il pas un frein à la protection des consommateurs ? Dans une étude comparative avec le modèle de la *class action*, cet article envisage la possibilité d'élargir les conditions de recevabilité de l'action de groupe tout en prévoyant des « gardes-fous » pour éviter les dérives du modèle américain, dérives reconnues par la doctrine américaine elle-même.

**Abstract**

The American action class has been emulated around the world. However, its excesses have led countries like France to seek to limit its legal regime. Integrating the *class action* procedure into the UEMOA space requires reflection on how to avoid the abuses often found elsewhere. France has chosen, through the Loi Hamon of 2014, to resort to a limitation of its admissibility conditions, considering that the legal regime of the collective action should be flexible in order to be able to produce its full positive effects in socio-economic terms. Collective action is, therefore, limited to property damage, literally only the compensation for material damage. Does not such a mechanism constitute a brake on consumer protection? In a comparative study with the model of the *class action*, this paper envisages the possibility of extending the conditions of admissibility of the group action while

allowing legal safeguards to avoid the excesses of the American model, drifts recognized by the American doctrine itself.

L'évolution et la transformation du droit de la consommation dans l'UEMOA suscitent beaucoup de réflexions autour des mécanismes de défense collective des intérêts des consommateurs<sup>1</sup>. La réflexion porte souvent le modèle de l'action de groupe<sup>2</sup> à considérer<sup>3</sup>. Parmi les choix proposés par les modèles existants, on trouve le modèle français avec ses limitations<sup>4</sup> et le modèle américain plus ouvert. L'action de groupe, ou *class action*<sup>5</sup>, permet à un grand nombre de personnes ayant subi des dommages

---

<sup>1</sup> Ibrahim ZOUNGRANA, *Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français)*, thèse de doctorat, Droit, Université de Perpignan, 2016. Sur la question du droit de la consommation dans l'espace UEMOA, voir également Joseph ISSA-SAYEGH, « Le droit ivoirien de la concurrence », *Ohadata* D-06-04 ; Alassane KANTA, « Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : l'exemple du Sénégal », *Ohadata* D-06-03 ; Henri TEMPLE, « Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse du projet Ohada d'Acte uniforme sur le droit de la consommation », *Revue burkinabé de droit*, n° 43-44, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> semestres 2003 ; Abou Saïb COULIBALY, « La concurrence dans le cadre de l'UEMOA », Actes du colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999 sur le thème « La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA », publiés par le CEEI n° 3, p. 97 ; Alhousseini DIABATE, « Réflexions sur la codification du droit de la consommation au Mali : contribution à la protection juridique des consommateurs », *Ohadata* D-18-19.

<sup>2</sup> L'introduction de l'action de groupe par la loi Hamon en 2014 a clarifié l'usage de la notion qui est maintenant l'équivalent de la *class action* américaine. Selon Serge Guinchard, la notion était obscurcie par l'existence d'autres notions, telles que « recours collectif » ou « d'action d'intérêt collectif », dont rien ne dit qu'*a priori* elles soient équivalentes. Voir Serge GUINCHARD, « L'action de groupe en procédure civile française », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42 N° 2, avril-juin 1990. *Études de droit contemporain*. p. 599-635.

<sup>3</sup> Voir, pour une tentative de proposition d'un modèle pour les pays de tradition civiliste, Antonio GIDI, «The *Class action* Code: A Model for Civil Law Countries », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, p. 37, 2005.

<sup>4</sup> Voir Jérôme JULIEN, *Droit de la consommation*, Précis Domat, 2017; Jean CALAIS-AULOYS et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2015.

<sup>5</sup> Popularisée par le droit américain, elle provient de la procédure du *Bill of Peace* créée par les juges anglais statuant en équité au XVII<sup>ème</sup> siècle. Cette procédure consistait à permettre à de nombreux demandeurs ou défendeurs de faire juger une question commune au cours d'une même instance. Il s'agit d'une action d'origine

## La limitation de l'action de groupe aux préjudices patrimoniaux

dans des circonstances communes de mutualiser leur effort afin d'obtenir réparation des préjudices. Dans son approche timide et pusillanime, la législation française sur l'action de groupe semble inadaptée au dommage concurrentiel<sup>6</sup>, mais même en matière de consommation elle ne porte que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des seuls dommages matériels subis par les consommateurs<sup>7</sup>, excluant de ce fait les dommages corporels et même moraux<sup>8</sup>. Cette exclusion est intéressante dans un contexte de comparaison avec le modèle américain qui fascine et rebute, à la fois, à cause de son large champ d'application et des excès qui en découlent<sup>9</sup>. Toute adoption de l'action de groupe par une législation de l'UEMOA<sup>10</sup> fera face à

---

prétorienne qui remonte au Moyen Age anglais mais dont l'essor n'a eu lieu qu'aux États-Unis et seulement au cours du XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>6</sup> Lorsque les préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles, la procédure rend l'action de groupe impraticable dans les faits. En effet, lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le droit de la concurrence, sa responsabilité dans le cadre d'une action de groupe ne peut être prononcée que sur le fondement d'une décision rendue par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements. Une procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence peut durer de 3 à 5 ans, parfois 10, l'appel ajoute jusqu'à 2 ans et la procédure de cassation de 18 à 24 mois : le découragement gagne les plaideurs les plus déterminés. En plus, en cas de clémence, l'accès aux documents qui prouvent le préjudice est quasiment impossible. Par ailleurs, réserver l'action aux préjudices des consommateurs n'a pas de sens en droit de la concurrence, où les préjudices les plus importants sont subis par les entreprises. Voir <https://www.vogel-vogel.com/blog/lechech-des-actions-de-groupe-en-france-pourquoi/> [Consulté le 24 juin 2018].

<sup>7</sup> Art. L 623-2 du Code de la consommation (créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016) : « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs. »

<sup>8</sup> Ce n'est pas la seule limite que l'on constate. En effet, en droit de la consommation le préjudice subi doit avoir pour cause commune le manquement d'un professionnel à une obligation légale ou contractuelle, ce qui implique une faute. Paraissent donc exclues les actions en garantie des vices cachés, puisque la garantie n'est pas une faute, alors que cette action demeure la plus fréquente en matière de consommation.

<sup>9</sup> « L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères », Colloque du CFDC, (Paris, 26 mars 2015), *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 66 N° 4, 2014, p. 1122.

<sup>10</sup> La question de l'introduction de l'action de groupe dans la législation togolaise est souvent posée par les associations de consommateurs. Mais au-delà du cas togolais, elle se pose aux pays de l'UEMOA, car le développement de l'économie mondiale – au sens de marchés interconnectés de produits de consommation, de capitaux d'investissement, et pour le travail- a nécessité le développement de réglementations mondiales stratégiques. Voir Hannah BUXBAUM, « Class actions, Conflict and the Global

la question des verrous ou restrictions nécessaires pour équilibrer le mécanisme.

Les juridictions du monde entier expérimentent différentes formes d'actions collectives afin de fournir une compensation à un grand nombre de victimes. Cela donne lieu à deux développements presque simultanés : le développement prudent des actions de groupe dans les affaires de consommation en dehors des États-Unis et la réduction des recours collectifs aux États-Unis<sup>11</sup>. La compréhension du modèle américain passe par l'appréhension du caractère totalement décentralisé du droit de la protection du consommateur aux États-Unis et des rôles combinés du droit fédéral, des États, local et privé dans la dissuasion, la détection et la répression des comportements trompeurs et déloyaux envers les consommateurs<sup>12</sup>. Dans cette configuration, le consommateur dispose de plusieurs options au niveau fédérales ou étatiques, afin d'obtenir soit des dommages-intérêts, soit une restitution financière, sur la base d'un recours individuel et collectif.<sup>13</sup> Il existe également de nombreuses associations de consommateurs et groupes privés à but non lucratif travaillant dans le domaine de la protection des consommateurs.

Parmi tous les griefs faits au modèle français de l'action de groupe, cet article se focalise sur la question de la limitation de la réparation au dommage matériel, car elle est symptomatique de la difficulté à maîtriser le mécanisme et elle est au centre de la réalité d'aujourd'hui, c'est-à-dire celle de la recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse<sup>14</sup>. En effet, les problématiques du champ d'application de l'action de groupe se posent dans les deux systèmes en considération dans cette étude. En France, l'action de groupe, initialement limitée au droit de la consommation et de la concurrence, a été étendue aux domaines de la santé, du droit du travail et des discriminations, au droit de l'environnement et à la protection des données

---

Economy », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 21, Issue 2, 2014, p. 585-597.

<sup>11</sup> Spencer Weber WALLER et Olivia POPAL, « The Fall and Rise of the Antitrust *Class action* », *World Competition: Law and Economics Review*, 2016.

<sup>12</sup> Spencer Weber WALLER, Jillian G. BRADY, R.J. ACOSTA et Jennifer FAIR, « Consumer Protection in the United States: An Overview », *European Journal of Consumer Law*, May 2011.

<sup>13</sup> Il existe pléthore d'associations de consommateurs et d'autres groupes privés à but non lucratif travaillant dans le domaine de la protection des consommateurs.

<sup>14</sup> Alexandre BIARD, « Sale temps pour l'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse », *Revue Lamy Droit Civil*, 157, mars 2018, p. 21-26.

## La limitation de l'action de groupe aux préjudices patrimoniaux

personnelles<sup>15</sup>. Mais elle est surtout remise en cause par un rapport de la Commission européenne qui juge le modèle français peu adapté à la résolution des litiges de masse<sup>16</sup>. Un regard sur la jurisprudence récente montre que ces actions débouchent sur très peu de succès, ce qui peut constituer un découragement pour les associations qui essaient d'obtenir réparation pour des préjudices de masse<sup>17</sup>. Le modèle américain, quant à lui,

---

<sup>15</sup> Daniel MAINGUY, « L'élargissement des actions de groupe », *RLDC* 2016/136, n° 6180 ; Alexandre BIARD et Rafael AMARO, « Resolving mass claims in France: toolbox & experience », *Rile-Bact Working Paper Series*, 2016.

<sup>16</sup> Rapport d'évaluation de la recommandation 2013/396/UE de juin 2013 (*JOUE* 26 juill. 2013, n° L 201) relative aux principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif (Commission européenne, COM(2018) 40 final, 25 janv. 2018). Ce rapport s'appuie sur les résultats d'une consultation publique qui se tint de mai à août 2017, sur un questionnaire envoyé aux États membres et sur une étude comparative menée par un consortium de consultants externes.

<sup>17</sup> Voir Alexandre BIARD, précité : « Les succès de l'action de groupe sont aujourd'hui très limités. L'actualité de ces derniers mois en fournit plusieurs exemples. Le 9 novembre 2017, la Cour d'appel de Paris jugeait irrecevable l'action de groupe menée par la CNL contre le bailleur social Immobilière 3F (CA Paris, pôle 4, ch. 3, 9 nov. 2017, n° 16/05321). Pour rappel, en janvier 2016, le TGI de Paris avait débouté l'association en admettant néanmoins la recevabilité de l'action sur la base d'une interprétation large du droit de la consommation (TGI Paris, 1<sup>re</sup> ch., 27 janv. 2016, n° 15/00835). À l'inverse, les juges d'appel décidèrent d'exclure le contentieux relatif au bail d'habitation du champ de l'action de groupe, considérant que le contrat de bail n'est pas un contrat de prestation de services et qu'il obéit à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation, issues de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (*JO* 8 juill.). Le 29 novembre 2017, l'Association d'aide aux parents d'enfants souffrant du syndrome de l'anticonvulsivant (APESAC) était déboutée de ses prétentions financières lors d'une audience intermédiaire devant le TGI de Paris dans le cadre de l'action de groupe l'opposant à Sanofi concernant le médicament antiépileptique Depakine et ses dérivés (« Les victimes de la Dépakine déboutées de certaines de leurs demandes financières », *Le Monde*, 29 nov. 2017). L'association demandait au juge de la mise en état la consignation d'une somme de 400 millions d'euros dans l'hypothèse où la responsabilité du groupe pharmaceutique était ultérieurement reconnue. Le juge de la mise en état considéra cependant qu'il existait en l'espèce des contestations sérieuses que seul le juge du fond pouvait trancher. À ce jour, aucune action de groupe n'a franchi la phase 1 –dite phase de déclaration de responsabilité du professionnel– et abordé la complexe phase 2, dite phase de liquidation des préjudices. Enfin, le 20 décembre 2017, le TGI de Paris déboutait l'association UFC-Que Choisir de l'ensemble de ses demandes dans le cadre d'une action de groupe menée contre BNP Paribas et son produit Garantie Jet 3 (TGI Paris, 20 déc. 2017, n° 16/13225). »

a connu beaucoup de dysfonctionnements<sup>18</sup> et sa portée est de plus en plus limitée<sup>19</sup>. En effet, ces dernières années, les tribunaux ont considérablement réduit la capacité d'intenter un recours collectif, sapant ainsi les fonctions d'indemnisation, de dissuasion et d'efficacité du dispositif. À partir du milieu des années 1990, les tribunaux ont commencé à exprimer leur inquiétude face aux pressions exercées sur les accusés pour qu'ils règlent leurs affaires après la décision de certifier un groupe<sup>20</sup>. Les milieux d'affaires ont également fait part de leurs préoccupations concernant le fait que de nombreux recours collectifs impliquant plusieurs États ont été intentés devant des tribunaux. L'alinéa f) de la règle fédérale de procédure civile 23, adopté en 1998<sup>21</sup>, permettait aux accusés d'obtenir un contrôle interlocutoire des décisions de tribunaux fédéraux qui certifiaient des recours collectifs, et la loi sur l'équité des recours collectifs<sup>22</sup>, adoptée en 2005, avait pour effet de réduire les recours collectifs à la Cour fédérale. Il existe maintenant un important *corpus* de jurisprudence des Cours d'appel fédérales et, à la suite de cette jurisprudence, plusieurs tendances inquiétantes se sont dégagées<sup>23</sup>.

Finalement, il apparaît que la solution se trouve quelque part à l'intersection de ces deux modèles, et le type de dommage à prendre en considération joue un rôle certain dans le choix. D'où la question à laquelle cet article veut répondre, à savoir si la limitation au dommage matériel du

---

<sup>18</sup> Elizabeth Chamblee BURCH, « Reassessing Damages in Securities Fraud *Class actions* », *Maryland Law Review*, Vol. 66, 2007, p. 348

<sup>19</sup> Linda S. MULLENIX, « Ending *Class actions* as We Know Them: Rethinking the American *Class action* », 64 *Emory Law Journal* 399, 2014.

<sup>20</sup> Aux États-Unis, la certification est le fait, pour un tribunal de district, d'user de son pouvoir discrétionnaire pour décider si une poursuite peut être maintenue en recours collectif. Le pouvoir des tribunaux fédéraux d'exercer un pouvoir discrétionnaire pour décider d'autoriser ou non une poursuite en recours collectif a longtemps été traité comme un élément élémentaire d'une procédure de représentation. Il est donc surprenant qu'il n'existe pas de consensus général quant à la nature et à la définition de cette discrétion judiciaire dans le processus de certification. Les tribunaux fédéraux ne se sont pas regroupés autour d'un exposé clair et approfondi de la question, et la littérature scientifique n'a pas fourni de traitement analytique soutenu. Voir, sur cette question, Tobias Barrington WOLFF, « Discretion in Class Certification », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, p. 1897, 2014 ; *U of Penn Law School, Public Law Research Paper*, No. 14-27.

<sup>21</sup> Robert H. KLONOFF, *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*, West, 4th ed. 2012, 23-25, 30-133.

<sup>22</sup> *Class action Fairness Act (CAFA)*, *Class action Fairness Act of 2005*, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (codified as amended in scattered sections of 28 U.S.C.).

<sup>23</sup> Robert H. KLONOFF, « The Decline of *Class actions* », *Washington University Law Review*, Vol. 90, 2013.

## La limitation de l'action de groupe aux préjudices patrimoniaux

préjudice réparable est susceptible de vider l'action de groupe de sa substance. La substance de l'action de groupe étant la protection effective du consommateur qui se distingue du professionnel dans le code de la consommation français<sup>24</sup>. Le législateur de l'UEMOA est plus explicite lorsqu'il définit les consommateurs comme « toute personne physique ou morale qui achète ou offre d'acheter, utilise ou est bénéficiaire en tant qu'utilisatrice finale, d'un bien, service ou technologie, quelle que soit la nature publique ou privée, individuelle ou collective des personnes ayant produit, facilite leur fourniture ou leur transmission »<sup>25</sup>.

La réponse à cette question est que cette disposition vide en partie, et en partie seulement, l'action de groupe de sa substance. Le législateur lui-même l'a reconnu lors des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi Hamon, lorsqu'il a admis que le fait de ne prévoir qu'une indemnisation des préjudices matériels, à l'exclusion des dommages corporels, du préjudice écologique et du préjudice moral, vide l'action de groupe d'une grande partie de sa substance<sup>26</sup>. Mais cette réponse révèle la difficulté du législateur à trouver un équilibre entre le droit des consommateurs et les excès que l'action de groupe peut engendrer.

L'intérêt théorique du sujet se trouve dans la justification de l'exclusion du préjudice corporel et même moral du champ d'application de la réparation. Il est évident que le droit de la consommation entretient des liens fréquents avec l'indemnisation du préjudice corporel et même moral : par exemple, la consommation d'un produit médicamenteux dangereux, d'un aliment toxique, l'usage d'un appareil défectueux, ont un impact matériel qui est d'autant moins supportable qu'il a causé un préjudice corporel ou moral. Sur le plan pratique, le modèle français met l'accent sur la nécessité de chercher des solutions alternatives pour éviter les excès de l'action de groupe.

---

<sup>24</sup> Loi n° 2017-203 du 21-2-2017 ratifiant [notamment] l'ordonnance 2016-301 du 14-3-2016 relative à la partie législative du Code de la consommation. En pratique, il n'est pas toujours aisé d'attribuer la qualité de consommateur, de non-professionnel ou de professionnel à des personnes. La Cour de cassation s'est positionnée sur le sujet, par deux arrêts du 29 mars 2017, Cass. 1° civ. 29-3-2017, n° 16-10007 et n° 15-26766. Voir également la définition donnée par la définition du consommateur donnée par l'article 2-1 de la directive n° 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs (2) : « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

<sup>25</sup> Règlement 007/2007/CM /UE/MOA relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments dans l'UEMOA, chapitre préliminaire, p. 4.

<sup>26</sup> [http://www.senat.fr/seances/s201309/s20130910/s20130910\\_mono.html](http://www.senat.fr/seances/s201309/s20130910/s20130910_mono.html)

Avant de décliner les solutions alternatives pour l'UEMOA, cet article démontrera, dans une première partie, que l'artifice de la limitation aux dommages matériels est plutôt préjudiciable aux droits des consommateurs (I). La seconde partie portera sur la manière dont cette limitation participe à la recherche de solutions à l'épineuse question des excès de l'action de groupe (II).

### **I. Une limitation préjudiciable aux droits des consommateurs**

La limitation de la procédure de l'action de groupe aux dommages matériels ne fait pas disparaître les autres dommages que sont le dommage corporel et le dommage moral, en droit de la consommation français (A). Cependant, le législateur a des justifications pour cette limitation (B).

#### **A. L'existence du préjudice matériel, corporel et moral en droit de la consommation**

Cet intitulé n'est pas un prétexte pour revenir ici sur la longue histoire jurisprudentielle et doctrinale de la classification bipartite ou tripartite du préjudice dans le droit de la responsabilité<sup>27</sup>. Cependant, la classification tripartite est celle adoptée dans cet article, c'est-à-dire qu'il est fait une nette distinction entre dommage matériel, corporel et moral. Il faut considérer deux périodes lorsqu'il s'agit de cette limitation de l'action de groupe au dommage matériel : l'entrée en vigueur en France, pour la première fois, de l'action de groupe avec de la loi Hamon en 2014 et la révision de la loi en 2016.

##### *1. Le rigorisme de la limitation sous la loi du 27 mars 2014*

Le Code de la consommation français, en se limitant au dommage matériel semble ramener la question du préjudice à une époque où celle-ci n'était indemnisable que lorsqu'il était soit matériel soit moral : le préjudice matériel constitue une atteinte à un droit patrimonial, alors que le préjudice moral résulte d'une atteinte à un droit extrapatrimonial<sup>28</sup>. Or, même en droit

---

<sup>27</sup> Voir Nathalie VEZINA, « Préjudice matériel, corporel et moral : variation sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité », 24 *R.D.U.S.*, 1993.

<sup>28</sup> Sur cette question, voir les auteurs suivants cités par Nathalie VEZINA : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992, n° 206 ; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd. par P. AZARD, Paris, Dalloz, 1962, n° 149 ; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1982, n° 562 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1993, n° 241-247 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1990, n° 211 ; G. MARTY et P. RAYNAUD,

de la consommation, le dommage matériel ne saurait être dissocié des autres. Pour faire une analogie avec le droit des assurances, et ce à propos des dommages matériels et corporels, il est intéressant de relever les conclusions de la Cour de cassation, statuant sur deux décisions, l'une portant sur le dommage matériel et l'autre sur le dommage corporel : « Ces décisions, dont l'une a statué sur le dommage matériel subi par la victime en rejetant le recours subrogatoire de son assureur, et l'autre a statué sur son préjudice corporel indemnisable, ne sont pas inconciliables dans leur exécution. »<sup>29</sup>

La loi de 2014 avait banni, avec cette formulation<sup>30</sup>, la réparation des dommages en matière de catastrophes – accident collectif ou sinistre sériel. Une telle exclusion était conforme aux discussions et projets précédant le vote de la loi. Ces derniers n'envisageaient l'action de groupe que pour la réparation du préjudice matériel subi collectivement par des consommateurs à la suite du non-respect d'obligations contractuelles par un professionnel<sup>31</sup>. Cela avait eu pour conséquences d'exclure les dommages corporels résultant de produits médicamenteux et les dommages causés par des catastrophes écologiques<sup>32</sup>. À l'opposé de ce choix, le modèle américain avait opté, par exemple, pour l'inclusion du fait dommageable catastrophique dans la *class action*<sup>33</sup>. D'ailleurs, à première vue, les lois de protection des consommateurs

---

*Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1988, n° 430- 432 ; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, Montchrestien, 1965, n° 293 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations. Théorie générale*, 8<sup>e</sup> éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1991, n° 410 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, n° 525 ; B. STARCK, *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. par H. ROLAND et L. BOYER, Paris, Litec, 1991, n° 98 et 106 ; G. VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations. La responsabilité civile : conditions*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n° 250 et s. Voir aussi Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Paris, Economica, 1990, n° 649 et s.

<sup>29</sup> Citation tirée de la décision de la ch. civ. 2<sup>e</sup>, 26 mars 2015, n° 14-16.275.

<sup>30</sup> Art. 423-1 al. 2 : « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.

<sup>31</sup> Discours prononcé par le premier président de la Cour de cassation au colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice ».

<sup>32</sup> Il est peut-être plus approprié, dans le contexte d'alors, de parler de catastrophes environnementales.

<sup>33</sup> Voir *Le Journal des accidents et des catastrophes* : « Une telle action est ainsi par exemple possible aux États-Unis et une cinquantaine de rescapés français du *Costa Concordia* ont décidé de s'allier à un cabinet d'avocats américain pour entamer une

(CPA)<sup>34</sup> aux États-Unis semblent extrêmement protectrices pour les consommateurs. Largement adoptées au cours des années 1960 et 1970, ces lois des États ont été motivées par la perception que le coût et la complexité du *Common Law* n'incitaient pas les consommateurs à poursuivre individuellement des réclamations modestes mais méritoires, créant ainsi un vide juridique. Pour remédier à cette lacune, les lois de protection des consommateurs de plusieurs États ont adopté ce qui s'apparente à une approche réglementaire, prévoyant généralement des dommages-intérêts minimaux, des dommages-intérêts triples et / ou punitifs, des honoraires d'avocat et des recours collectifs. De plus, dans leur forme originale, les lois de protection des consommateurs de certains États<sup>35</sup> -notoirement la Californie- n'avait même pas obligé le demandeur à démontrer le préjudice subi afin d'établir une cause d'action<sup>36</sup>.

Il relève d'un choix volontaire de faire fi des dommages corporels en droit de la consommation, car tel que mentionné auparavant, le droit de la consommation entretient des liens fréquents avec l'indemnisation du préjudice corporel et même moral. La difficulté de séparer une indemnisation du dommage matériel et du corporel est illustrée par l'action de groupe en matière de produits de santé régie par l'article 184 de la loi du 26 janvier 2016, loi de modernisation du système de santé français<sup>37</sup>. Cette loi marque le début de la deuxième phase de la limitation de l'action de groupe à certains préjudices.

---

procédure collective avec 200 autres victimes. Plus près de nous, en Grande-Bretagne, en cas de catastrophes, par exemple ferroviaires, l'action en justice prend souvent la forme d'une action collective régie par les dispositions spécifiques de la 19<sup>ème</sup> partie des règles de procédure civile (R. MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective*, Oxford: Hart, 2004 et N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003, chap. 41. »

<sup>34</sup> Consumer Financial Protection Act of 2009, <http://www.treas.gov/press/releases/tg189.htm>

<sup>35</sup> Michael M. GREENFIELD, « Consumer Law: A Guide for Those Who Represent Sellers », *Lenders, and Consumers* 64 (1995).

<sup>36</sup> Henry N. BUTLER, Jason Scott JOHNSTON, « Reforming State Consumer Protection Liability: An Economic Approach », *Columbia Business Law Review*, Vol. 2010; *Northwestern Law & Econ Research Paper* No. 08-02 ; *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper* No. 08-29 ; U of Penn Law School, *Public Law Research Paper* No. 08-47.

<sup>37</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031912641&categorieLien=id>

## La limitation de l'action de groupe aux préjudices patrimoniaux

### 2. L'atténuation du rigorisme : les cas de la santé et de l'environnement

Le législateur s'est rendu compte, à l'épreuve de la pratique, que la loi Hamon ne remplissait pas son but, quant à l'indemnisation de tous les dommages. La loi du 26 janvier 2016 a intégré cette procédure dans le code de la santé publique<sup>38</sup> en matière de produits de santé et le Conseil constitutionnel l'a déclarée conforme à la constitution<sup>39</sup>. Comme le précise l'exposé des motifs du projet de *loi de modernisation de notre système de santé*, « tout en s'inspirant du principe de l'action de groupe instauré par le code de la consommation, l'article (184 de la loi) l'adapte assez notablement au champ de la santé, notamment pour prendre en compte les spécificités de la réparation des dommages corporels »<sup>40</sup>. Il s'agit de réparer les oublis de l'article 423-1 de la loi Hamon. Cette action peut être dirigée contre un producteur de produit de santé (laboratoire pharmaceutique, fabricant de produits médicaux) ou un fournisseur (établissement et professionnel de santé). La loi prévoit également que les « actions peuvent être exercées directement contre l'assureur garantissant la responsabilité civile du responsable »<sup>41</sup> et que les tiers-payeurs, tels que les organismes de sécurité sociale, peuvent faire valoir leurs droits. Il faut relever que seule la réparation des dommages corporels subis par des usagers du système de santé est visée par cette action. Les préjudices matériels sont donc exclus de la réparation. Cependant, dans tous les cas, l'action de groupe n'empêche pas les actions individuelles pour les dommages qui n'ont pas été prises en compte. L'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices, qui recommencera à courir à compter du moment où le jugement sera devenu définitif<sup>42</sup> –c'est-à-dire, lorsque les délais d'appel et de cassation auront expiré–, sans pouvoir être inférieur à six mois.

Le législateur a été obligé de considérer, pour l'exercice de l'action de groupe, également les dommages environnementaux. Ainsi, aux termes du III

---

<sup>38</sup> Article L. 1143-1 à L. 1143-22.

<sup>39</sup> Dans ses décisions du 13 mars 2014 et du 21 janvier 2016.

<sup>40</sup> Dorothee DIBIE-KRAJCMAN, « Présentation de l'action de groupe en matière de produits de santé », chronique juridique, <https://kundoc.com/pdf-presentation-de-laction-de-groupe-en-matiere-de-produits-de-sante-.html>

<sup>41</sup> Article L. 1143-20 de la loi du 26 janvier 2016 : « Les actions prévues aux articles L. 1143-1 et L. 1143-12 peuvent être exercées directement contre l'assureur garantissant la responsabilité civile du responsable, en application de l'article L. 124-3 du Code des assurances.

<sup>42</sup> Voir Désiré GATCHOUP TCHINDA, « Droit commun de la responsabilité civile et indemnisation des victimes des préjudices nés d'infractions boursières : le cas du Cameroun », *Revue de l'Ersuma*, n° 3, septembre 2013.

du nouvel article L. 142-3-1 du code de l'environnement<sup>43</sup>, « cette action peut tendre à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins ». Cet article ne vise pas la réparation du dommage écologique pur (c'est-à-dire celui causé aux milieux et espèces naturelles en tant que tels), mais plutôt la réparation des dommages causés à l'humain et à ses biens appropriables : en pratique l'objet de l'action de groupe sera de réparer des conséquences sanitaires telles que la pollution, la destruction d'espèces ou même des habitats naturels.

Le législateur a voulu corriger la rigueur de la limitation introduite par la loi Hamon, mais cette limitation était tout à fait se comprendre dans le contexte de l'époque.

### ***B. La justification de la limitation aux dommages matériels***

La peur de l'excès de la *class action* américaine était la raison principale –même si elle n'est pas la seule– de cette limitation. Cette peur était justifiée au regard de la doctrine américaine elle-même.

#### *1. Le contrôle des excès de l'action de groupe*

Un bref historique de l'action collective des consommateurs en France montre qu'avant l'adoption de la loi Hamon en 2014, les associations de consommateurs avaient des moyens d'ester en justice<sup>44</sup>. Mais un projet de loi fut introduit à l'Assemblée nationale française en 2013<sup>45</sup>. Ce projet de loi reprend en grande partie le dispositif de l'article 12 du texte n° 41 (2011-2012) renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, adopté par le Sénat le 22 décembre 2011 qui transposait une directive

---

<sup>43</sup> Créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 89.

<sup>44</sup> Jusqu'à la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, il existait tout de même deux mécanismes permettant aux associations d'agir collectivement. Le premier offrait la possibilité aux associations d'agir en responsabilité au nom du groupement lui-même, en défense des intérêts collectifs représentés par le groupement. Ainsi, si l'action était couronnée de succès, seule l'association profitait des dommages intérêts, non la victime. Un second mécanisme institué par la loi de 1992 (l'action en représentation conjointe) reposait sur l'idée d'un mandat donné à l'association par ceux qu'elle était amenée à représenter. Autrement dit, l'association agissait en justice pour les victimes qui bénéficiaient elles-mêmes de l'indemnisation.

<sup>45</sup> Projet de loi 3013 sur la consommation introduisant l'action de groupe en France. Texte n° 1357 transmis à l'Assemblée nationale le 16 septembre 2013 pour deuxième lecture. Cette loi modifie le titre II du livre IV du Code de la consommation, par un chapitre III qui sera complété par un article L. 423-1.

## La limitation de l'action de groupe aux préjudices patrimoniaux

européenne sur le e-commerce<sup>46</sup>. Ce dispositif résultant d'un amendement adopté à l'unanimité par la commission des lois créait une action de groupe pour que les consommateurs puissent s'unir pour demander une indemnité au professionnel. Seules les associations agréées<sup>47</sup> sont autorisées à introduire une telle action. Le projet de loi prévoyait que l'action de groupe ne pouvait porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs. Certes, cette formulation excluait de fait le préjudice moral ou corporel, mais il était entendu par la doctrine que l'expression pourrait être interprétée de manière plus large par la jurisprudence à venir. Ainsi, Torre-Schaub écrivait à propos de la limitation des indemnisations aux dommages matériels qu'« Il conviendra ainsi de porter spéciale attention sur les raisonnements utilisés par les juges dans les futurs contentieux dans le cadre du projet de loi sur les consommateurs »<sup>48</sup>.

Une incursion dans les travaux préparatoires de la loi instruit sur les raisons qui ont conduit le législateur français à limiter l'action de groupe aux dommages matériels. Le texte de la loi s'est largement inspiré de l'avis rendu le 4 décembre 2012 par le Conseil national de la consommation, une instance qui comprend des représentants des consommateurs et des professionnels. Le rapporteur de la commission des affaires économiques, Martial Bourquin, a justifié le choix d'en rester à la réparation des préjudices matériels par deux éléments. D'abord, selon la commission, leur origine se trouve dans un manque contractuel ou précontractuel et l'extension à d'autres préjudices moraux pourrait ouvrir la voie à des excès. Ensuite, la commission estime que le filtre introduit par le projet de loi des seize associations de consommateurs est suffisant. Il ne lui paraissait pas utile de créer une habilitation, sorte de super-agrément permettant d'engager une action de groupe<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32011L0083>

<sup>47</sup> À l'époque, seules 16 associations de défense de consommateurs ont été agréées en France.

<sup>48</sup> Marta TORRE-SCHAUB, « L'action de groupe », *Serdeaut*, 2013 : « L'action de groupe introduite par le projet de loi ouvre une voie de recours aux consommateurs en réponse aux manquements des entreprises au Code de la consommation (pratiques abusives, frauduleuses, allégations mensongères) ainsi qu'aux pratiques anticoncurrentielles. Les consommateurs obtiennent une voie de recours collective en réparation des préjudices économiques, qui sera prise en charge et organisée par les associations de consommateurs agréées. Celles-ci organiseront et prépareront l'introduction en justice, soulageant ainsi les consommateurs des avances de frais et de l'énergie nécessaires à une telle action. »

<sup>49</sup> Travaux parlementaires, séance du 27 janvier 2014 (compte rendu intégral des débats). [http://www.senat.fr/seances/s201401/s20140127/s20140127\\_mono.html](http://www.senat.fr/seances/s201401/s20140127/s20140127_mono.html)

Ironiquement, cette réponse expliquait le refus de la commission de considérer l'amendement n° 245 qui visait à élargir la portée de l'action de groupe et à l'ouvrir à de nouveaux préjudices, notamment ceux qui concernent l'environnement et la santé<sup>50</sup>. Selon le législateur qui avait proposé cet amendement, restreindre l'action de groupe à la réparation du seul préjudice matériel a pour conséquence de limiter l'incidence du dispositif et d'exclure de nombreux citoyens lésés de la possibilité d'obtenir réparation, lesquels se trouvent ainsi privés d'une réponse adaptée, en matière de scandales sanitaires notamment<sup>51</sup>. Il faut souligner qu'en première lecture déjà, la commission avait rejeté un amendement similaire qui visait à étendre l'action de groupe à la réparation des dommages individuels de toute nature et à l'ensemble du contentieux de la responsabilité civile. La raison invoquée est qu'une telle disposition remettrait en question l'équilibre du dispositif proposé<sup>52</sup>.

## 2. La dénaturation de la class action américaine

La raison fondamentale du choix du législateur français de limiter l'action de groupe au préjudice patrimonial est donc la peur des excès que cette action peut entraîner<sup>53</sup>. Et si le législateur a mis longtemps à introduire cette action

---

<sup>50</sup> Ce qui sera finalement fait en 2016.

<sup>51</sup> Travaux parlementaires, séance du 27 janvier 2014 (compte rendu intégral des débats). Plaidoyer de Mme Leila Aïchi : « Pensons aux victimes des prothèses PIP : *a priori*, les multiples consommatrices victimes d'un même dommage auraient intérêt à lancer une action de groupe. Pourtant, en l'état, une action de groupe ne permettrait de rembourser que les prothèses, et en aucun cas les dommages corporels ! Dans de nombreux secteurs économiques, cet élargissement de l'action de groupe à la santé et à l'environnement fait peur. Pour les entreprises dont l'activité génère des nuisances sanitaires et environnementales, cette crainte est justifiée : la procédure de l'action de groupe étendue permettrait effectivement aux citoyens de dénoncer les violations du principe de précaution qui leur auraient porté préjudice. Légitimement, les entreprises responsables devraient alors assumer les dommages qu'elles ont causés. Cette crainte sur le court-terme n'est pas justifiée à long terme. En effet, l'action de groupe vise non pas à asphyxier un secteur économique, mais à dénoncer les pratiques bafouant le principe de précaution. Elle permettrait simplement de mieux réguler un secteur à long-terme et d'inciter les entreprises à prendre en compte les enjeux de santé publique plus en amont. Enfin, l'action de groupe en matière de santé et d'environnement se rapproche finalement du travail des lanceurs d'alerte. Grâce à ce mécanisme constructif, les citoyens pourraient aider les acteurs économiques à améliorer la qualité de leur offre et, finalement, à gagner en compétitivité. »

<sup>52</sup> Travaux parlementaires, séance du 27 janvier 2014 (compte rendu intégral des débats).

<sup>53</sup> Travaux préparatoires, Sénat, 2014, M. Martial Bourquin, rapporteur de la commission des affaires économiques : « Premièrement, la crainte de dérives à

dans le système français, c'est parce que le modèle américain offrait une panoplie de cas de ces excès. La pratique américaine moderne en matière de recours collectifs a émergé à la suite de la modification en 1966 de l'article 23 des règles de procédure civile fédérales. La règle de l'action de classe américaine moderne et libéralisée a longtemps été imprégnée d'un récit historique idéalisé à l'appui de ses mérites. Ce récit décrit le déploiement du mécanisme de recours collectif à la fin des années 1960 et au début des années 1970 pour mener à bien des réformes historiques en matière de justice sociale. Au cours de ce prétendu âge d'or du contentieux collectif, les avocats de l'intérêt public ont utilisé le mécanisme du recours collectif pour intégrer les systèmes scolaires, s'attaquer aux établissements de soins psychiatriques, réformer les conditions de détention des détenus dans les systèmes pénitentiaires, contester les lois discriminatoires en matière de logement et d'hébergement et aux divers types de discrimination à l'emploi<sup>54</sup>. Cet âge d'or des litiges collectifs a duré environ une décennie après l'entrée en vigueur des modifications du recours collectif de 1966<sup>55</sup>. Il n'est donc pas surprenant que l'enthousiasme initial suscité par les recours collectifs ait fini par engendrer une réaction négative, la Cour suprême ayant rendu plusieurs décisions restrictives au cours des années 1970 qui limitaient la capacité des avocats des recours collectifs à engager des poursuites agressives<sup>56</sup>.

---

l'américaine a longtemps justifié le refus d'introduire une procédure d'action de groupe en France ; or elle n'est pas fondée. Le filtre des associations de consommateurs, la limitation de l'action de groupe à la réparation des préjudices matériels ou encore le choix du système de l'*opt in* constituent autant de garanties. »

<sup>54</sup> Voir, par exemple, *Soc'y for the Good Will to Retarded Children, Inc. v. Cuomo*, 572 F. Sup. 1300 (E.D.N.Y. 1983) (ordonnant des mesures correctives dans une institution publique pour enfants handicapés mentaux, en violation des droits constitutionnels), vacated, 737 F.2d 1239 (2d Cir. 1984) ; *Manicone v. Cleary*, No. 74 C 575, slip op. (E.D.N.Y. June 30, 1975) (accordant, sous réserve de certaines restrictions, notamment, l'accès des détenus au téléphone); *United States v. Kahane*, 396 F. Sup. 687 (E.D.N.Y.) (droit des accusés d'obtenir des aliments satisfaisant aux exigences alimentaires), modified, 527 F.2d 492 (2d Cir. 1975); *Hart v. Cmty. Sch. Bd.*, 383 F. Sup. 699 (E.D.N.Y. 1974) (commande d'un plan d'intégration pour le collège Mark Twain à Coney Island, Brooklyn), aff'd, 512 F.2d 37 (2d Cir. 1975); *Wilson v. Beame*, 380 F. Sup. 1232 (E.D.N.Y. 1974) (tolérance pour les prisonniers musulmans). Sur ces questions, voir Abram CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », 89 *Harv. Law Rev.* 1281 (1976).

<sup>55</sup> Richard L. MARCUS, « Public Law Litigation and Legal Scholarship », 21 *U. MICH. J.L. REFORM* 647, 648 (1988).

<sup>56</sup> *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 177-79 (1974) (imputer les frais d'envoi d'un avis aux membres du groupe aux demandeurs); *Zahn v. Int'l Paper Co.*, 414 U.S. 291, 301 (1973) (exiger que tous les membres du groupe dans les recours

C'est conscient de tous ces excès que le législateur français a circonscrit le champ de l'action de groupe à la française. Il a ainsi jugé que, dans la mesure où il s'agit d'un texte sur la consommation, il était préférable de réserver le champ de l'action de groupe au préjudice matériel.

## **II. Une limitation nécessaire à la maîtrise des excès**

La procédure instituée par le projet de loi est limitée à la consommation et à la concurrence. La question de l'institution d'une action de groupe en matière de santé et d'environnement est tout à fait légitime. Pour autant, la commission des affaires économiques a jugé qu'il n'était pas souhaitable d'étendre à ces secteurs la procédure d'action de groupe prévue par le texte. La prise en compte des préjudices moraux ou corporels nécessite en effet une individualisation de l'évaluation de l'indemnisation, et donc un dispositif adapté. Cependant, la peur de causer des pertes économiques énormes aux industries par la multiplication des procédures de groupe est au centre de cette limitation (*A*), et c'est la peur qui pousse même la doctrine française et américaine à chercher des alternatives à l'action de groupe (*B*).

### ***A. La hantise des préjudices économiques***

Les préjudices économiques sont des conséquences de pratiques anticoncurrentielles. Avant l'adoption de la loi Hamon, ceux qui se rendaient coupables de pratiques anticoncurrentielles devaient payer une amende, à laquelle ils consentaient, mais n'indemnisait jamais les victimes de leurs pratiques, quand bien même on estime à 20 %, pour les consommateurs, le surcoût engendré sur le marché par ces pratiques<sup>57</sup>. Mais la multiplication des procès pouvait se révéler néfaste pour la santé financière des industries. Dans ce cas l'action de groupe cessera de jouer le rôle de régulateur économique.

#### *1. La multiplication des procédures*

Le but de l'action de groupe est donc de permettre que le consommateur soit indemnisé du préjudice subi. Cependant, il fallait trouver un moyen d'éviter les abus. Le législateur français était conscient, dès le départ, que la limitation aux dommages matériels laissait hors du champ de protection d'autres préjudices économiques qui méritaient d'être considérés, puisqu'il

---

collectifs en matière de diversité satisfassent individuellement à l'exigence relative au montant de juridiction dans la controverse), superseded by statute, Federal Courts Study Implementation Act of 1990, Pub. L. No. 101-650, tit. III, § 310, 104 Stat. 5104, 5113–14 (codified at 28 U.S.C. § 1367 (2012)), as recognized in *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs., Inc.*, 545 U.S. 546, 562 (2005).

<sup>57</sup> Travaux préparatoires, Sénat, précité.

avait sciemment laissé de côté les champs de la santé et de l'environnement. L'introduction de l'action de groupe dans le droit de la consommation française était nécessaire<sup>58</sup> pour permettre la réparation de dommages de masse et pour favoriser une meilleure régulation économique. La commission des affaires économiques s'en est d'ailleurs félicitée<sup>59</sup>. Une procédure de ce type est indispensable, car les modes individuels de réparation des dommages ne sont pas suffisamment satisfaisants pour les consommateurs. En effet, si le consommateur dispose de la possibilité d'une action individuelle, il en est souvent dissuadé, parce que, pour résumer, le gain potentiel n'en vaut pas les inconvénients<sup>60</sup>.

Même formulé ainsi, le texte de la loi peut poser un véritable problème d'interprétation s'agissant de la prise en compte de préjudices économiques nés d'une atteinte au droit des consommateurs. Certains cas particuliers justifient que le gouvernement émette un avis défavorable, selon la commission des affaires économiques du Sénat<sup>61</sup>, notamment ceux qui sont prévus par le Code de la consommation, qu'il s'agisse du non-respect du droit de rétractation pour certains contrats ou encore de la possibilité de ne pas reconduire des contrats de services tacitement reconductibles.

La peur de déstabiliser les pouvoirs économiques des entreprises est à la base de l'institution du filtre que constitue la limitation de l'action de groupe aux dommages matériels. Ces risques existent bel et bien, et puisque les excès du modèle américain ont inspiré le législateur français, un exemple de ce modèle est assez parlant, celui des litiges relatifs au tabac<sup>62</sup>. Il y a eu plusieurs développements dans les litiges sur le tabac aux États-Unis qui ont abouti à des verdicts de jurés dans des cas individuels contre des fabricants de tabac, sur la base de procès intentés par plus de 8 000 plaignants individuels en Floride<sup>63</sup>. Or, des recours collectifs potentiellement importants en matière de perte économique, fondés sur la vente prétendument frauduleuse de cigarettes légères étaient en attente dans un certain nombre de

---

<sup>58</sup> Comme elle l'est pour le droit de la consommation de l'UEMOA.

<sup>59</sup> Travaux préparatoires, Assemblée nationale.

<sup>60</sup> Travaux préparatoires, Assemblée nationale.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> Aaron D. TWERSKI, James A. HENDERSON, « Reaching Equilibrium in Tobacco Litigation », *South Carolina Law Review*, Vol. 62, 2010; Brooklyn Law School, *Legal Studies Paper No.* 192.

<sup>63</sup> *Brown v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*, Brief of Appellees, p. 11 (Appeal from the United States Dist. Court from Middle District of Florida Case, No. 07-0761-CV-J-25 HTS).

juridictions<sup>64</sup>. Cela pouvait laisser croire aux observateurs que les actions en responsabilité délictuelle fondées sur le tabagisme constituent un domaine de croissance offrant un avenir de plus en plus prometteur aux demandeurs lésés. Les premières réclamations relatives au tabac étaient fondées sur des allégations selon lesquelles les cigarettes étaient intrinsèquement et déraisonnablement dangereuses et constituaient donc une violation de la garantie implicite de qualité marchande<sup>65</sup>; que les accusés de la société de tabac ont fait preuve de négligence en omettant d'avertir que la cigarette pourrait causer le cancer; ou qu'ils avaient faussement représenté les cigarettes comme étant sûres. Les demandeurs dans ces premières actions se sont heurtés à d'énormes obstacles. Même si le lien de causalité général –le fait que les cigarettes contribuent généralement au cancer du poumon et à d'autres maladies respiratoires– pouvait être établi<sup>66</sup>, il était difficile de prouver le lien de causalité<sup>67</sup>, à savoir que le fait de fumer avait causé les blessures d'un demandeur particulier. La régulation économique était devenue tout à coup un enjeu important.

---

<sup>64</sup> Voir *Altria Group Inc. v. Good*, 129 S. Ct. 538 (2008) (affirme que Philip Morris USA avait enfreint la loi sur les pratiques commerciales déloyales du Maine, *Me. Rev. Stat. Ann.* Tit. 5, § 207 (Sup. 2008); *Aspinall v. Philip Morris Cos. Inc.*, 813 N.E. 2d 476 (Mass. 2004) (demande de dommages-intérêts pour conduite trompeuse dans le commerce ou les affaires en violation de G.L. c 93A §§ 2 and 9); *In re Tobacco II Cases*, 207 P. 3d 20 (Cal. 2009) (demande de dommages-intérêts parce que les compagnies de tabac ont violé le droit californien de la concurrence déloyale); *Holmes v. Philip Morris USA, Inc.*, 2009 WL 5193043 (Del. Super. 2009) (affirme que Philip Morris a violé la Delaware Consumer Fraud Act, 6 Del. C. §§ 2511-2527).

<sup>65</sup> *Ross v. Philip Morris & Co.*, 328 F.2d 3 (8th Cir. 1964) (Le demandeur a demandé le recouvrement de sa garantie implicite d'aptitude physique au motif que le tabac était cancérigène et que le défendeur était responsable, même s'il ne savait pas ou ne pouvait pas avoir connaissance du danger. Le tribunal de première instance a chargé le jury de déterminer pour le défendeur si les effets nocifs du tabagisme n'avaient pas été prévus. En appel, le Eight Circuit a confirmé le verdict de la défense); *Pritchard v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, 295 F.2d 292, 299 (3rd Cir. 1961) (allégation d'omission d'avertir que des cigarettes contenaient des substances cancérigènes); *Cooper v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*, 158 F. Sup. 22 (D.C. Mass. 1957) (cigarettes faussement représentées comme étant sûres).

<sup>66</sup> Robert L. RABIN, Steven D. SUGARMAN, « Regulating Tobacco », 197 (2001) (notant que la preuve du lien de causalité général entre le tabagisme et les maladies liées au tabac avait été contestée à l'époque des litiges concernant le tabac et a été abandonnée par les défendeurs des tabacs).

<sup>67</sup> Le lien de causalité spécifique est toujours très controversé, obligeant le demandeur à se procurer toute une litanie d'experts à l'appui de l'affirmation selon laquelle le tabagisme était à l'origine de la maladie du demandeur.

## 2. La régulation économique de la class action

Il est compréhensible que ces cas aient pu faire peur aux législateur qu'une multiplication des actions de groupe pouvait porter atteinte à la stabilité financière des entreprises, lesquelles seront obligées de mettre la clé sous la porte et de créer des crises sociales. Cependant, en ce qui concerne précisément la viabilité financière de l'industrie du tabac, des auteurs ont démontré qu'elle n'était pas menacée par ces procès<sup>68</sup>. En effet, bien que l'industrie ait pu subir certaines pertes à court terme, les fabricants de tabac ont survécu à ces pertes et les litiges en matière de tabac ont atteint un équilibre stable dans les quinze à vingt années qui ont suivi les premiers cas<sup>69</sup>. Cela s'est fait à travers un certain nombre d'ajustements jurisprudentiels. Ainsi, la menace de réclamations de tiers payant n'est plus viable. Les tribunaux les ont unanimement rejetés. À l'exception des affaires qui étaient en instance en Floride et en Virginie occidentale, peu de demandes d'indemnisation pour dommages corporels ont été faites aux États-Unis<sup>70</sup>. Les projets de procès en Floride et en Virginie-Occidentale ont été sujets à de graves contestations constitutionnelles<sup>71</sup>. Il existe encore deux menaces graves potentielles pour l'industrie du tabac: les dommages-intérêts punitifs et les poursuites pour préjudice économique fondées sur la commercialisation frauduleuse de cigarettes légères<sup>72</sup>. Les premiers sont susceptibles de faire l'objet d'un examen constitutionnel sérieux et les derniers cas ne sont viables que comme recours collectifs. En vertu de la loi sur l'équité dans les recours collectifs (CAFA), les nouvelles affaires aboutiront devant des tribunaux fédéraux hostiles à la certification de recours collectif dans le cadre d'un litige portant sur les cigarettes. Les rares recours collectifs antérieurs à la CAFA qui ont été approuvés par les tribunaux d'État devront faire face à des problèmes difficiles dans le cadre de l'évaluation des dommages.

Malgré l'avis des auteurs qui relativisent la portée économique des excès de recours contre les industries du tabac, il est notoirement reconnu que la *class action* au États-Unis a donné lieu à des abus, ce qui a amené à la tendance que l'on observe aujourd'hui, qui est celle des tribunaux à refuser la

---

<sup>68</sup> Aaron D. TWERSKI, James A. HENDERSON, « Reaching Equilibrium in Tobacco Litigation », *South Carolina Law Review*, Vol. 62, 2010.

<sup>69</sup> *Idem*.

<sup>70</sup> Robert L. RABIN, « A Sociological History of the Tobacco Tort Litigation », 44 *Stan. Law. Rev.*, p. 859.

<sup>71</sup> Margaret H. LEMOS, and Ernest A. YOUNG, "State Public-Law Litigation in an Age of Polarization", *Texas Law Review*, 2018.

<sup>72</sup> Spencer Weber WALLER, Olivia POPAL, « The Fall and Rise of the Antitrust *Class action* », *World Competition: Law and Economics Review*, 2016.

certification à un certain nombre de cas<sup>73</sup>. Il est, par conséquent, évident que pour éviter une multiplication des recours abusifs et un risque de déstabilisation des entreprises, il faudrait bien entendu prévoir un filtre<sup>74</sup>. Cette conclusion s'impose au droit de la consommation de l'UEMOA qui pourrait être tenté de proposer la solution française qui consiste finalement à restreindre l'action aux préjudices patrimoniaux, puis à légiférer sur des cas comme celui de la santé, tout en le limitant aux dommages corporels. C'est un processus assez complexe. Mais la réflexion peut se porter sur le système qui a généré le plus d'excès et les solutions qui se dégagent pour son amélioration.

### ***B. La mise en place d'un filtre à l'action de groupe***

Comme le souligne Mullenix<sup>75</sup>, au XXI<sup>e</sup> siècle, les recours collectifs américains ont évolué de manière très éloignée de son âge d'or. La transformation des recours collectifs soulève des questions légitimes concernant l'équité et l'utilité de ce mécanisme procédural et la question de savoir si les recours collectifs atteignent réellement les objectifs et les justifications qui ont été énoncés. Des voix s'élèvent pour demander si le recours collectif américain dans son incarnation du XXI<sup>e</sup> siècle n'est pas devenu un *artefact* d'un autre temps. Et le modèle français lui-même est déjà à la recherche d'une solution alternative.

#### *1. Les propositions alternatives au modèle français*

Les problèmes qui entourent l'exercice de l'action de groupe rendent nécessaire l'exploration d'autres outils permettant une indemnisation plus efficace des individus impliqués dans des dommages de masse et une meilleure dissuasion des comportements fautifs. Plusieurs initiatives sont en cours en Europe, suite au constat sur les lacunes des recours collectifs dans plusieurs États membres de l'Union européenne<sup>76</sup>, qui explorent des solutions alternatives pour résoudre les dommages de masse<sup>77</sup>. Christopher Hodges, par exemple, pense qu'« une révolution silencieuse s'EST produite dans le domaine de l'ouverture de recours collectifs pour les consommateurs grâce à

---

<sup>73</sup> Elizabeth Chamblee BURCH, « Reassessing Damages in Securities Fraud *Class actions* », *Maryland Law Review*, Vol. 66, p. 348, 2007.

<sup>74</sup> Linda S. MULLENIX, « Ending *Class actions* as We Know Them: Rethinking the American *Class action* », 64 *Emory Law Journal* 399, 2014.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> Notamment en raison des délais et des coûts attachés à ces procédures.

<sup>77</sup> Alexandre BIARD, « Sale temps pour l'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse », *Revue Lamy Droit Civil*, 157, mars 2018, p. 21-26.

l'adoption de possibilités de recours auprès d'autorités légales publiques dans certains pays de l'U.E. Parallèlement à une imminente expansion révolutionnaire similaire de la protection et du fonctionnement d'organismes de médiation [*'alternative dispute resolution'* (ADR)], pour les consommateurs, spécialement les *'ombudsmen'*, l'ouverture de recours, qui n'était dans beaucoup de cas qu'un faible espoir, est devenue une réalité. L'analyse de l'évolution historique au Danemark et au Royaume-Uni indique un élargissement significatif des fonctions et compétences des autorités publiques chargées de l'application aussi bien en droit pénal qu'en droit réglementaire. Mais la conception du système est déterminante. Le recours n'est possible que si l'on adopte à la fois des compétences appropriées et des politiques spécifiques de mise en application, avec des activités dirigées de régulateurs. Les nouvelles techniques fonctionnent particulièrement bien lorsque les éléments régulateurs et les éléments d'ADR sont combinés. Des exemples, des questions et de plus amples opportunités sont examinés. Ces politiques, mécanismes et techniques devraient être adoptés plus largement à travers l'Europe. »<sup>78</sup>

Les idées de Hodges sont assez explicites. Il recommande d'adopter les mécanismes qui offrent des recours collectifs, en revanche les mécanismes qui ne fonctionnent pas bien ne doivent pas être adoptés. Les mécanismes les plus performants sont de trois sortes : une Autorité de régulation dotées de pouvoirs de contrôle de la concurrence (« réparation réglementaire ») ; des *Ombudsmen* des consommateurs. Parmi les options qui présentent des dangers réels, on peut citer un système qui implique des intermédiaires facilitateurs qui traitent de grosses sommes d'argent et qui ont un intérêt commercial. Un tel système produira l'abus que l'UE veut proscrire<sup>79</sup>. Cela signifie que les intermédiaires doivent être publics ou des médiateurs sans but lucratif – et non des associations professionnelles ou de consommateurs, vulnérables aux tactiques des avocats et des bailleurs de fonds du contentieux. Cette idée de médiateur fait son chemin dans la doctrine, car le mécanisme d'action de groupe est considéré « trop complexe, coûteux et trop long pour atteindre pleinement ses objectifs<sup>80</sup> ».

---

<sup>78</sup> Christopher HODGES, « Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques », 23 *European Review of Private Law*, Issue 5, 2015, p. 829–873.

<sup>79</sup> Christopher HODGES, Stefaan VOET, « Delivering collective redress – Response to the European Commission's Inception Impact Assessment 'A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive' », Ares, 2017.

<sup>80</sup> Inception Impact Assessment, *A New deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive* (European Commission, 31/10/2017) Ares (2017)5324969, citing Study supporting the assessment of the implementation of 2013 EC Recommendation on Collective redress.

Hodges et Voet ont un avis radical sur le modèle américain de *class action*. Selon eux, il contient de faibles garanties et encourage les litiges privés, ce qui engendre intrinsèquement des abus en raison des forces financières incontrôlées qui surviennent et qui submergent les conflits d'intérêts inhérents aux intermédiaires du secteur privé (avocats et bailleurs de fonds)<sup>81</sup>. Afin d'éviter les abus, il faudrait regarder hors du champ des litiges. En réalité, les autres mécanismes actuellement largement utilisés pour la réparation de masse sont des actions civiles qui se chevauchent lors de poursuites pénales ; la réparation réglementaire : lorsqu'un organisme public, chargé de l'application de la loi, a le pouvoir d'ordonner ou d'obtenir une ordonnance du tribunal pour obtenir un recours collectif<sup>82</sup> ; des médiateurs de consommateurs (agissant en tant qu'organes de règlement des litiges) ; des régimes administratifs relatifs aux lésions corporelles<sup>83</sup>. Des recherches empiriques sur une vaste base de données d'études de cas dans les États membres européens ont clairement démontré la supériorité dans la prestation du recours de masse des mécanismes de « redressement réglementaire » et les médiateurs des consommateurs, qui surpassent de loin tous les mécanismes de répression judiciaire<sup>84</sup>.

## 2. La remise en cause du modèle américain

Le débat sur des solutions alternatives à l'action de groupe n'a pas cours uniquement en Europe, il l'est également aux États-Unis où la *class action* a connu ces dernières années des bouleversements. D'abord, le rôle de la certification devient très important. Ainsi, par exemple, de nombreux tribunaux exigent maintenant que les plaignants prouvent une partie substantielle de leur cause sur le fond lors de la certification du recours collectif<sup>85</sup>. Ensuite, plusieurs exigences de certification de classe (définition de classe, numérotation, caractère commun, adéquation de la représentation,

---

<sup>81</sup> Christopher HODGES, 'Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb?' (2014) 34 *Journal of Consumer Policy* 67–89.

<sup>82</sup> Regulatory redress powers may be diverse: the mechanism and a typology are at C Hodges, 'Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques' (2015) 5 *European Review of Private Law* 829.

<sup>83</sup> Sonia MACLEOD, Christopher HODGES, *Redress Schemes for Personal Injuries*, Hart, 2017.

<sup>84</sup> Christophe HODGES, Stefaan VOET, *Delivering Collective Redress in Markets: New Technologies* (Foundation for Law Justice & Society, 2017), disponible en ligne: <file:///G:/1611%20Oxford%20CR%20conference/FLJS%20Delivering%20Collective%20Redress%20in%20Markets-New%20Technologies.pdf>

<sup>85</sup> Robert H. KLONOFF, « The Decline of *Class actions* », *Washington University Law Review*, Vol. 90, 2013.

etc.) sont désormais plus difficiles à établir. En outre, bon nombre de tribunaux ont rejeté les actions de groupe en appliquant de manière rigide les conditions requises pour la certification de groupe, même si la loi élimine la nécessité d'un procès en exigeant des tribunaux qu'ils vérifient si l'affaire dans son ensemble satisfait à l'exigence de prépondérance de la preuve. Enfin, la Cour suprême a retenu, contre les contestations de non-respectabilité, des clauses d'arbitrage contraignantes interdisant le règlement des litiges au niveau de la *class action*<sup>86</sup>.

Ce sont autant de filtres qui s'avèrent nécessaires pour limiter les abus. Certains auteurs pensent même qu'il faut supprimer la *class action* et s'en tenir à une application plus rigoureuse de la réglementation publique en cas d'infraction présumée aux lois<sup>87</sup>. Bien que les tribunaux aient imposé aux plaignants de nouvelles contraintes strictes en matière de preuve, ils permettent de plus en plus aux accusés de nier la certification du recours collectif sans se soumettre à un interrogatoire préalable. Par exemple, dans *Pilgrim v. Universal Health Card*<sup>88</sup>, le sixième circuit a confirmé le rejet des allégations du groupe par le tribunal de district dans le cadre d'un recours collectif à l'échelle nationale, en affirmant que « nous ne pouvons pas voir comment une enquête aurait pu aider davantage les plaignants [plaignants]... ». <sup>89</sup> D'autres tribunaux ont également adopté cette approche<sup>90</sup>. Il est difficile de concilier la jurisprudence imposant aux plaignants de présenter des preuves irréfutables à l'appui de la certification de recours collectif. Ces affaires -prises dans leur ensemble- démontrent finalement que les tribunaux sont plus sceptiques quant à la certification des *class actions*.

Bien que certains recours collectifs restent viables, tels que les fraudes sur titres, les traitements salariaux et les recours antitrust, l'évolution générale de la jurisprudence a eu pour effet de réduire considérablement la capacité des demandeurs à obtenir un traitement collectif. La doctrine exhorte les

---

<sup>86</sup> Robert H. KLONOFF, « The Decline of *Class actions* », *Washington University Law Review*, Vol. 90, 2013.

<sup>87</sup> Roger VAN DEN BERGH, Louis T. VISSCHER, « The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law », *Erasmus Law Review*, Vol. 1, No. 2, 2008.

<sup>88</sup> 660 F.3d 943 (6th Cir. 2011).

<sup>89</sup> *Idem* à partir de 949.

<sup>90</sup> Voir *Picus v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 256 F.R.D. 651 (D. Nev. 2009) (faire droit à la requête des défendeurs tendant à refuser l'accréditation du groupe malgré le fait que « la meilleure solution est de refuser une telle requête, car la forme d'un recours collectif n'évolue que par le processus de découverte »).

tribunaux, les décideurs et le Congrès à revenir à une approche plus équilibrée du processus décisionnel à l'échelle de la *class action*<sup>91</sup>.

\*  
\* \*

Dans la perspective d'une harmonisation future du droit de la consommation dans l'espace économique CEDEAO, les pays membres de l'UEMOA, qui disposent déjà d'une union monétaire, devrait introduire la procédure de l'action de groupe dans l'Union, car cette procédure est un précieux instrument juridique pour dissuader les comportements délictueux des grandes industries vis-à-vis des consommateurs. Ils devraient le faire, en s'inspirant des erreurs des pays qui l'ont déjà expérimentée, pays au premier plan desquels il y a les États-Unis et la France, dont les exemples ont servi de fils conducteurs dans cette étude. Cela est d'autant plus nécessaire que la situation est assez disparate chez les pays anglophones de la CEDEAO : tandis que le Nigeria dispose d'une procédure appelée « Representative action<sup>92</sup> » au lieu de *class action*, le Ghana réfléchit à la promulgation d'une véritable loi sur la protection des droits des consommateurs.

Apprendre des autres, c'est également prendre position. Celle adoptée par cet article, au-delà des leçons que l'on peut tirer de la doctrine européenne et américaine, est que l'action de groupe de l'UEMOA doit donner une place importante à la certification. Il faut s'assurer que le juge qui doit décider d'autoriser le procès ait le pouvoir d'entendre les parties sur le fond. De plus, les indemnités doivent être proportionnelles à la gravité de l'infraction et à la taille de l'entreprise fautive. Dans l'immédiat, il est préférable que l'action de groupe se limite au secteur de la consommation. Pour une certification efficace, il faut s'assurer que les tribunaux ne puissent pas arbitrairement la refuser et dans cette optique, les réflexions autour du

---

<sup>91</sup> Robert H. KLONOFF, « The Decline of *Class actions* », *Washington University Law Review*, Vol. 90, 2013.

<sup>92</sup> Action en représentation. La principale différence entre le recours collectif et le procès intenté en qualité de représentant réside dans le fait que, même si l'action en représentation est reprochée, l'autorisation de poursuivre en justice ou de défendre au nom d'une communauté doit émaner des membres du groupe et ne peut être imposée à la communauté par personne, pas même le tribunal. Les demandeurs dans un recours collectif peuvent intenter une action une fois qu'ils ont reçu l'attestation du tribunal et les membres du groupe qui ne veulent pas être liés par l'issue du recours collectif sont identifiés. Dans un recours collectif, il suffit que les membres du groupe aient des problèmes communs, bien que dans un recours représentatif, les personnes à représenter doivent avoir exactement le même intérêt.

modèle américain sont importantes. Dans ledit modèle, face au refus de plus en plus courant des tribunaux de dénier la certification aux plaignants, l'unanimité se fait autour de l'idée de sa réforme.

Les juges dénie la certification à cause des abus d'utilisation de la *class action*. Or, le principal facteur d'abus des recours collectifs depuis les modifications de 1966 est centré sur le recours collectif en dommages-intérêts au titre de la règle 23 (b) (3). Le recours collectif contre les dommages est l'invention des décideurs de 1966. Il n'y avait pratiquement pas de recours collectifs en dommages-intérêts avant la révision de 1966 de la règle<sup>93</sup>. Avec l'avènement de la crise des litiges en matière délictuelle dans les années 1980 et 1990, suivie de la vague de consommateurs Au XXI<sup>e</sup> siècle, les recours collectifs en dommages-intérêts dominent désormais le paysage du contentieux américain<sup>94</sup>.

L'ascendant du recours collectif en dommages-intérêts s'est accompagné d'une panoplie de problèmes qui discréditent les litiges collectifs. Le recours collectif en dommages-intérêts, assorti de la possibilité d'obtenir des indemnités substantielles, a incité les actions de groupe à devenir une grande entreprise. Cela, à son tour, a engendré une litanie de comportements abusifs qui ont fait l'objet de nombreuses critiques : existence des avocats entrepreneurs qui suscitent eux-mêmes les actions de groupe<sup>95</sup>, innombrables procès aux mérites douteux, l'égoïsme des avocats vendent des membres du groupe en tant que données (à des organismes chargés de rechercher de potentiels membres d'une *class action*), des règlements problématiques éclairés par des officiers de justice conciliants (protections insuffisantes de la procédure), et indemnisation insuffisante ou négligeable des demandeurs du groupe. La meilleure preuve que le recours collectif en dommages-intérêts a été transformé en une activité lucrative est peut-être la mise en place de mécanismes de financement par des tiers pour subventionner de tels litiges<sup>96</sup>, avec la perspective de rendements substantiels pour les investisseurs en litige.

---

<sup>93</sup> Manual for complex litigation (Fourth) § 21, at 243 (2004).

<sup>94</sup> Brandon L. GARRETT, « Aggregation and Constitutional Rights », 88 *Notre Dame Law Rev.* 593, 2012, 614–15.

<sup>95</sup> Roger VAN DEN BERGH, Louis T. VISSCHER, « The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law », *Erasmus Law Review*, Vol. 1, No. 2, 2008.

<sup>96</sup> Thurbert BAKER, « Paying to Play: Inside the Ethics and Implications of Third-Party Litigation Funding », 23 *Widener L.J.* 229, 2013; Elizabeth Chamblee BURCH, « Financiers as Monitors in Aggregate Litigation », 87 *N.Y.U. Law Rev.* 1273, 2012; Deborah R. HENSLER, « The Future of Mass Litigation: Global *Class actions* and Third-Party Litigation Funding », 79 *GEO. Wash. Law Rev.* 306, 320, 2011.

En se fondant sur l'évolution du dysfonctionnement du recours collectif américain, il est recommandable de revenir à un rôle plus modeste du litige collectif dans l'arsenal laissé à la disposition des consommateurs pour leur défense. Certes, les mécanismes de règlement globaux alternatifs sans action de groupe qui dominent la réflexion sont à prendre en considération, car, selon le pays et ses traditions, ils sont susceptibles d'être plus efficaces. Cependant, un recours collectif qui n'aboutit pas à des indemnités exorbitantes, est envisageable. Une condamnation pour comportement fautif vis-à-vis des consommateurs et une indemnisation raisonnable sont les ingrédients d'une bonne régulation économique de la justice. Le législateur de l'UEMOA peut donc limiter la procédure de l'action de groupe aux mesures correctives injonctives.

**LE CODE DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE DU MALI  
DE 2011 — UN COMPROMIS ENTRE LA COUTUME  
ET LA MODERNITE**

**Bakary Camara,  
professeur titulaire d'histoire du droit, agrégé des Facultés de droit,  
doyen de la Faculté de droit public (FDPu), Université des sciences  
juridiques et politiques de Bamako (USJPB), Mali**

Selon la définition de *Encyclopédie Larousse*, dans son dossier consacré à l'islam, cette religion est l'une des trois grandes religions monothéistes avec le judaïsme et le christianisme, dont il revendique les héritages. Fondé au VII<sup>ème</sup> siècle de notre ère par le Prophète Mahomet, il repose sur une révélation divine dont la substance a été rassemblée dans le Coran, le livre saint de l'islam. Le dogme fondamental de l'islam est un monothéisme strict. Pratiqué par plus d'un milliard de fidèles, la religion fondée en Arabie, s'est diffusée dans tout le Moyen orient, avant d'étendre son influence au reste du monde. Bien que la communauté musulmane se soit scindée en plusieurs branches après la mort de son prophète<sup>1</sup>, depuis ses origines, elle perpétue dans son ensemble un mode de vie, un Code moral, une culture, mais aussi une certaine conception de l'Etat et du système juridique.<sup>2</sup> Dès le VII<sup>ème</sup> siècle déjà après sa création, l'islam a fait son apparition au Mali<sup>3</sup> par le canal du commerce caravanier transsaharien. Il s'enracine et se développe entre le IX<sup>ème</sup> et le XIX<sup>ème</sup> siècle dans toutes ses formes politiques, religieuses,

---

<sup>1</sup> Le sunnisme, le chiisme et le kharidjisme.

<sup>2</sup> *Encyclopédie Larousse* [En ligne] le 07/09/2017 : <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/islam/62732>

<sup>3</sup> Le Mali est un vaste pays enclavé dont la superficie est 1 241 238 km<sup>2</sup> situé au cœur de l'Afrique de l'ouest. Il est limité au nord par l'Algérie et la Mauritanie, au sud par la Côte d'Ivoire et le Burkina Faso, à l'est par le Niger, à l'ouest par le Sénégal et au sud-ouest par la Guinée. Il est divisé en huit régions administratives et un district, le district de Bamako. La capitale, Bamako est une ville d'environ un million d'habitants. Le Mali a une population de plus de 14 millions d'habitants, inégalement réparties sur le territoire, entre plus de 15 groupes ethniques, La population malienne est jeune. 46,3 % ont moins de 15 ans. 48,1 % ont entre 15-59 ans. 65 % des adolescents ont moins de 25 ans. L'économie est essentiellement basée sur l'agriculture et la pêche. Le sous-sol est très riche en ressource naturelles.

culturelles et artistiques du fait de l'action des groupes lettrés au service des communautés marchandes, du grand commerce transsaharien, des pouvoirs politiques et même du djihad. Al Bakri (1068) avait dénombré douze mosquées dans le seul quartier commerçant de Ghana.<sup>4</sup> Les auteurs arabes des XI<sup>ème</sup> et XII<sup>ème</sup> siècle mentionnaient déjà des conversions et pèlerinages de souverains soudanais<sup>5</sup>. Le célèbre pèlerinage de Kankan Moussa, empereur du Mali, en 1324 accélère le développement des relations commerciales et diplomatiques avec le monde musulman. L'avènement de Askia Mohamed à la tête de l'empire Songhay en 1493 confirme l'enracinement islamique de l'Etat et le développement de la classe de lettrés qui joue un rôle de premier plan auprès du pouvoir. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la Constitution d'Etats théocratiques comme la Dîna de Sékou Amadou ou l'empire toucouleur de El Hadj Oumar, témoignent de l'implantation profonde de l'islam dans la région. Aujourd'hui, l'islam est la religion dominante au Mali. Selon certaines estimations, environ 90 % de la population serait musulmane, tandis que 9 % pratiqueraient les religions traditionnelles et 1% les religions chrétiennes.<sup>6</sup>

Après sa pénétration au Mali, il s'est avéré que plusieurs règles islamiques étaient similaires ou identiques aux coutumes locales. C'est pourquoi l'intégration ou le mélange s'est le plus souvent fait sans problèmes pour former un droit traditionnel accepté de tous. C'est ce droit traditionnel qui était en vigueur au Mali avant l'avènement de la colonisation au XIX<sup>ème</sup> siècle. La colonisation a été plus agressive. Parce que le pays vivait depuis des millénaires sous l'empire du droit traditionnel (coutumier et islamique) jugé par elle lacunaire et retardataire, le colonisateur a essayé à travers des textes législatifs et des tribunaux indigènes d'apporter des changements profonds. N'ayant pas toutefois pu réussir à changer les mentalités et les pratiques des communautés, c'est le nouveau gouvernement du Mali indépendant<sup>7</sup> qui pris la relève et fut parmi les premiers à faire école en

---

<sup>4</sup> Dans l'empire du Ghana, la capitale Koumbi Saleh était constituée de deux quartiers : un habité par les musulmans et l'autre par les animistes (païens).

<sup>5</sup> Le Soudan, ou la Terre des Noirs est composé de toute l'Afrique occidentale et de l'Est au sud du Sahara. Pendant la colonisation, ce vaste pays au milieu de l'Afrique Occidentale qui s'appelle aujourd'hui Mali était appelé par le colonisateur « Soudan français ».

<sup>6</sup> Bintou SANANKOUA, Communication au Colloque international « Femme, islam et droit de la famille au Mali », Dakar les 4 et 5 février 2008, [En ligne] le 24/09/2017 : [http://www.genreenaction.net/IMG/pdf/Femme\\_islam\\_et\\_droit\\_de\\_la\\_famille\\_au\\_Mali.pdf](http://www.genreenaction.net/IMG/pdf/Femme_islam_et_droit_de_la_famille_au_Mali.pdf) Voir aussi : [www.kas.de/wf/doc/kas\\_13015-1522-3-30.pdf?080318104416](http://www.kas.de/wf/doc/kas_13015-1522-3-30.pdf?080318104416)

<sup>7</sup> Le Mali a eu son indépendance le 22 septembre 1960.

matière de réformes législatives en adoptant en 1962 le Code de la famille et de la tutelle<sup>8</sup>.

L'objectif était de mettre fin à l'oralité d'un système juridique et l'hétérogénéité des coutumes qu'il trouve incompatibles avec l'accession à la vie internationale et les obligations du développement économique. Mais à la différence du législateur colonial, tout en restant dans la logique de modernisation, dans le Code de 1962, le législateur malien a essayé de prendre en compte certaines réalités du terrain. Cette prise en compte de la réalité du terrain à cette époque est le résultat de l'influence de la coutume et de l'islam profondément ancré dans les communautés maliennes.<sup>9</sup> Si au début de l'indépendance du Mali dans les années 1960, le Code de la famille et de la tutelle a été influencé par l'islam et la coutume, qu'en est-t-il du droit positif malien après plus de cinquante ans ? Le droit positif est l'ensemble des règles en vigueur au Mali. C'est le droit tel qu'il existe réellement aujourd'hui.<sup>10</sup> Certes, l'influence de la coutume et de l'islam est perceptible à plusieurs niveaux de la vie de tous les jours, surtout en matière d'application de la loi, mais son influence est encore plus grande en droit de la famille. Récemment, un nouveau Code intitulé « Code des personnes et de la famille » a été adopté et promulgué le 30 décembre 2011 après plusieurs contestations des associations musulmanes et de la population en général. La question est de savoir comment l'islam et la coutume influencent ce nouveau Code ? Pour répondre à cette question, notre analyse va porter dans un premier temps sur les droits de la femme et les fiançailles dans le Code des personnes et de la famille et dans un deuxième temps sur le mariage et les successions.

---

<sup>8</sup> La loi n° 62-17-ANRM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle modifiée un an après par la loi n° 63-19-ANRM du 25 janvier 1963. L'objectif de ce Code était d'améliorer les conditions de vie de la femme à travers une modification légère de son statut et son rôle dans la société. Ce Code a deux caractéristiques majeures : la première caractéristique est qu'il a été calqué sur les textes législatifs français, la deuxième caractéristique est que le Code a beaucoup reçu l'influence de la religion musulmane.

<sup>9</sup> Bakary CAMARA, « Fondements juridiques du mariage dans le pays bamanan malinké : du système coutumier au Code du mariage et de la tutelle de 1962 - l'évolution dans la continuité », *Université, Recherche et développement*, n° 21, juin 2011, *Revue pluridisciplinaire de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis*, Sénégal. Voir aussi : [En Ligne] le 24/09/2017 : <https://www.bakarycamara.ml/fondement.pdf>

<sup>10</sup> *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, sous la direction de Serge GUINCHARD et Thierry DEBAR, Dalloz, juin 2016.

## **I. Les droits de la femme dans la législation malienne**

Les lois fondamentales au Mali, depuis la constitution du Soudan français à celle de la troisième République en passant par la Fédération du Mali assurent l'égalité de tous et garantissent les droits de la femme. Ainsi, depuis le Soudan français, le Mali est doté d'un arsenal juridique considérable susceptible de garantir et de protéger les droits de la femme (A). Cette garantie et cette protection des droits de la femme sont renforcées par le Code des personnes et de la famille à travers son livre II<sup>11</sup>, titre I sur les fiançailles (B).

### ***A. Un arsenal juridique considérable pour la protection des droits de la femme***

Toutes les Constitutions du Mali depuis celle de 1960 assurent l'égalité de tous les citoyens, femmes et hommes devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe ou de religion. Concernant le respect des droits de la femme, dans son préambule, la Constitution de 1992 affirme que « Le peuple souverain... s'engage solennellement à défendre la forme républicaine et la laïcité de l'Etat, proclame sa détermination à défendre les droits de la Femme et l'Enfant ainsi que la diversité culturelle et linguistique de la communauté nationale. » Plus loin, toujours dans le préambule, la loi fondamentale « souscrit à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 Décembre 1948 et à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981 ». Le titre I de la Constitution est consacré aux « Droits et devoirs de la personne humaine » (de l'article 1<sup>er</sup> à l'article 24) : inviolabilité de la personne humaine, l'égalité entre citoyens et de tous les droits fondamentaux de l'homme — libertés d'association, droit à la propriété, à l'éducation, santé, protection sociale, travail etc.

C'est cet arsenal juridique national et international qui constitue la base légale des revendications d'associations et d'ONG défenseuses et des femmes pour l'effectivité des droits et de l'égalité et l'équité du genre. En effet, dans les dispositions finales, l'article 119 de la Constitution nous indique que « La législation en vigueur demeure valable dans la mesure où elle n'est pas contraire à la présente Constitution et où elle n'est pas l'objet d'une abrogation expresse. » Ainsi, les lois contraires à la lettre et à l'esprit de la Constitution et des instruments internationaux ci-dessus mentionnés dans le préambule de la Constitution et qui font partie du bloc de constitutionnalité doivent être déclarées anticonstitutionnelles.

---

<sup>11</sup> Du Mariage.

## Le Code des personnes et de la famille du Mali

Au Mali, le droit de la famille ne faisait pas l'objet d'un Code unique mais de plusieurs textes dispersés dans différents Codes. Le droit de la famille était régi d'abord par la Constitution norme suprême qui prône la laïcité, et les autres lois comme le Code du mariage et de la tutelle, le Code de la nationalité malienne, le Code de la parenté, le Code de l'état civil, le Code de procédure civile, le Code commercial et social, les Codes pénal et de procédure pénale, le Code du travail, le Code de prévoyance sociale, le Code du commerce, le Code domanial et foncier et la charte des partis. Quant aux instruments juridiques internationaux de protection des droits des femmes, signés et ratifiés par le Mali, ils ne sont pas toujours harmonisés avec la législation interne qui cohabite avec le droit coutumier.

D'où le projet de Code des personnes et de la famille de 2009. Le projet de Code des personnes et de la famille constituait une opportunité pour le Mali non seulement pour respecter ses engagements internationaux, mais aussi d'élaborer un Code unique prenant en compte tous les aspects des droits des personnes et de la famille dans la société malienne sous le nom de « Code des personnes et de la famille ». Ainsi, c'est à cause de la laïcité proclamée par la Constitution de 1992 et des engagements internationaux que le législateur malien n'avait pas reconnu le mariage religieux et traditionnel dans le projet de Code de 2009 contesté par les associations musulmanes et une grande partie de la population.<sup>12</sup> Il a fallu attendre 2011 pour que la loi renvoyée en deuxième relecture par le président Amadou Toumani Touré (ATT) soit votée par l'Assemblée nationale et promulguée le 30 décembre de la même année.

Or en notre entendement, une telle reconnaissance ne remettait nullement en cause la laïcité de l'Etat, du moment où les mariages religieux et traditionnels ne sont pas imposés comme seules formes de mariages.

La laïcité selon Alain Bergounieux, a plusieurs faces : « elle veut dire aussi bien tolérance et respect des croyances, neutralité de l'Etat, morale humaniste, irréligion, voire contre religion. »<sup>13</sup> En fait, la laïcité interdit au

---

<sup>12</sup> Maliactu.net, Code des personnes et de la famille : arguments et contre-arguments, [En ligne] le 25/09/2017 : <http://maliactu.net/Code-des-personnes-et-de-la-famille-arguments-et-contre-arguments/>. Voir aussi : 22 septembre 2011 : Le Code des personnes et de la famille adopté à l'unanimité : Nos Honorables députés se rachètent, numéro du 05/12/2011 [En ligne] : <http://www.maliweb.net/category.php?NID=84143>

<sup>13</sup> Alain BERGOUNIEUX, « La laïcité, Valeur de la République », in *La laïcité, Pouvoirs*, n° 75, novembre 1995, p. 18. Voir aussi Bréhima KAMENA, *Les innovations apportées par le projet de Code des personnes et de la famille au droit malien : quelques exemples à propos du mariage*, Université, Recherche et développement,

législateur d'adopter entièrement et exclusivement les règles religieuses comme cela se passait dans un Etat théocratique. Elle n'interdit pas de consacrer dans le Code, sous forme d'option, certaines pratiques d'origine religieuse. D'ailleurs, dans le préambule de la Constitution de 1992, comme énoncé plus haut, le peuple malien s'engage solennellement à défendre la forme républicaine et la laïcité de l'Etat, proclame sa détermination à défendre les droits de la femme et l'enfant ainsi que la diversité culturelle et linguistique de la communauté nationale. » Quand nous nous basons sur l'esprit de la loi fondamentale, nous dirons que cette disposition constitue le soubassement de la reconnaissance de l'existence du pluralisme juridique<sup>14</sup>

---

n° 21, juin 2011, *Revue pluridisciplinaire de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis*, Sénégal.

<sup>14</sup> La théorie du pluralisme juridique est généralement connue à travers trois auteurs : Léopold J. POSPISIL (1956 ; 1971), J. GRIFFITHS (1986) et S. FALK MOORE (1973). Léopold J. Pospisil postule que toute société est constituée d'un ensemble de sous groupes hiérarchiquement ordonnés, chaque sous groupe possédant son propre système juridique. L'originalité de sa thèse se trouve dans la notion de « niveau juridique » qui exprime la nature hiérarchique de sa vision de la société. Pour lui, un niveau juridique est formé par la somme des systèmes juridiques des sous groupes de même type et possédant le même degré d'intégration. Cette théorie démontre que l'individu appartient à plusieurs niveaux à la fois et donc doit obéir à plusieurs systèmes juridiques. Le droit étatique conserve une prééminence hiérarchique car étant au sommet de la pyramide, mais qualitativement, il ne se distingue pas des autres niveaux. La deuxième théorie est celle de S. Falk Moore appelée « théorie des champs sociaux semi autonomes ». Cette théorie, tout comme celle de Pospisil, s'applique aussi bien aux sociétés traditionnelles que modernes. Falk Moore substitue au concept habituel de « sous groupe » celui de « champ social » qui peut ou non se confondre avec un sous groupe. Un champ social est l'espace dans lequel un sous groupe ou plusieurs sous groupes sont en relation les uns avec les autres. Chaque champ social produit des normes sanctionnées par la contrainte ou l'incitation. Ces champs sociaux sont en général semi autonomes : d'une part, ils subissent la pression, d'autres champs sociaux parmi lesquels peut, ou non, prendre place l'espace occupé par le droit étatique ; d'autre part, ils conservent toujours une marge d'autonomie (même dans l'armée et dans les prisons, il y a des foyers d'autonomie des règles et modèles de comportement par rapport aux normes édictées par les autorités militaires ou carcérales). Ainsi, l'État ou ses institutions peuvent-ils instituer en loi étatique des règles propres à un champ social (droit canonique devant être repris par les ordonnances royales pour être applicable en France) et à l'inverse, un champ social peut faire d'une loi étatique sa coutume s'il l'intègre pleinement dans son propre espace au lieu de lui résister. Dans ce système, le droit étatique n'est plus dominant puisque l'ordonnancement des champs sociaux est horizontal plus que vertical ; d'autre part, le vide habituel entre le législateur et l'individu est rempli par les règles issues des champs sociaux semi autonomes distincts de l'État. La troisième théorie est celle de J. Griffiths qui constitue une théorie hypercritique des deux premières. Pour

au Mali. Dans la mesure où la Constitution prône la diversité culturelle, nous ne voyons aucun mal à la prise en compte à travers la codification des règles juridiques qui existent dans d'autres communautés ou champs sociaux de la même population.

Au Sénégal, le législateur a compris ce principe de la laïcité en reconnaissant les mariages religieux et coutumiers. Dès l'indépendance, au Mali, le législateur avait reconnu la polygamie dans le Code de la famille et de la tutelle de 1962. Contrairement au précédent projet de Code des personnes et de la famille qui comptait 1145 articles, celui voté et promulgué en 2011 en compte 1143. Cette version se révèle comme un compromis entre la religion, la coutume et la modernité. D'un côté, les engagements internationaux sont largement respectés et de l'autre, la réalité du terrain (la religion et la tradition) est prise en compte. Cette prise en compte des religions en général et celle islamique en particulier, est perceptible à travers les livres et chapitres du Code relatifs aux fiançailles qu'il convient d'analyser dans la section suivante.

### ***B. Les fiançailles dans le Code des personnes et de la personne***

A ce niveau, l'on se pose la question de savoir quelles sont les conditions de formation des fiançailles et du mariage dans le Code malien des personnes et de la famille ? Sont-elles religieuses ou coutumières ? Pour répondre à cette question, nous essayerons d'abord de comprendre les dispositions du

---

Griffiths, il existe deux types de pluralismes dont seul le second est authentique : celui autorisé par l'État et celui qui échappe à son contrôle. Par nature unitaire, l'État est opposé au pluralisme. Pour le combattre, il peut adopter deux attitudes. Soit tenter de l'éliminer totalement (par exemple en faisant rédiger les coutumes orales). Soit, assez fréquemment, en reconnaissant certaines manifestations : statuts spécifiques octroyés aux minorités ethniques, aux églises, aux colonies, etc. Il ne s'agit là que d'un « pseudo pluralisme » car l'unité n'est pas synonyme d'uniformité et l'État reste maître du jeu : c'est lui qui fixe le partage entre lui-même et les entités auxquelles il octroie une autonomie. Il n'y a véritablement pluralisme que lorsque l'État ne peut exercer de contrôle sur certains domaines de la vie juridique (Ex : en France, dans certaines familles d'immigrés musulmans, la répudiation de la femme se fait en violation de l'ordre public), car pour Griffiths, le droit n'a absolument pas besoins de l'État pour exister puisque « ... le droit est l'autorégulation d'un champ social semi autonome. Voir aussi : N. ROULAND (1988). *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 496 p ; Bakary CAMARA, « Evolution des systèmes fonciers au Mali : cas du bassin cotonnier de Mali sud— Office du Niger et Zone CMDT », Conseil pour le développement de la Recherche en Sciences Sociales en Afrique (CODESRIA), ISBN : 978-2-86978-643-1, Dakar, 2015, Sénégal.

Code règlementant les fiançailles avant d'aborder celles de la formation du mariage.

Concernant les fiançailles, le Code des personnes et de la famille s'est inspiré des valeurs sociales et traditionnelles du Mali. Contrairement au Code de la famille et de la tutelle de 1962, le Code du 30 décembre 2011 a non seulement pris en compte le stade préliminaire de la formation du mariage, mais aussi les fiançailles et ses conditions de formations. L'article 278 du Code dispose que les fiançailles sont une convention par laquelle un homme et une femme, en accord avec leur famille, se promettent mutuellement le mariage. Il en résulte que les fiancés sont liés par un acte juridique et non par un simple fait juridique. Ce qui permet au législateur d'apporter quelques améliorations législatives aux sanctions de la rupture des fiançailles. La rupture sans motif légitime, peut donner droit à réparation en application des dispositions de la loi portant régime général des obligations. » (art.279)

Les cas de rupture ne sont pas rares de nos jours au Mali. Ils peuvent provenir aussi bien de l'homme que de la femme. Et les causes peuvent être aussi bien économiques (espoir non comblé de se marier avec une personne aisée), personnelles (attirance pour une autre personne, mésentente répétée entre les fiancés, etc.) que sociales (pression de la famille ou des amis, etc.). La rupture sans motif légitime des fiançailles peut causer un dommage indemnisable. On peut considérer comme motifs légitimes, toutes les prohibitions au mariage ainsi que les causes de divorce. Les fiançailles étant considérées comme un contrat, la responsabilité civile contractuelle s'applique alors sur la base des articles 130 et suivants du régime général des obligations au Mali.<sup>15</sup> Trois conditions doivent être réunies : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux. Au Mali, les fiancés ne peuvent plus rompre unilatéralement à leur guise. La rupture devrait être une exception. Dans l'esprit du législateur, les fiançailles doivent conduire au mariage. Cette position est conforme aux mœurs de la plupart des maliens qui considèrent les fiançailles comme l'engagement de deux familles que les futurs époux ne peuvent rompre sans motif sérieux.

Dans les coutumes maliennes, la rupture des fiançailles est considérée comme un signe de trahison à l'égard non seulement de l'autre partie, mais aussi de sa famille. Le préjudice subi par le fiancé abandonné peut être tant moral (atteinte à son honneur et à celui de la famille, déconsidération) que matériel (dot, dépenses en vue du mariage, frais pour la vie conjugale future, etc.). La réparation consistera pour l'auteur de la rupture sans motif, qui peut être l'homme ou la femme, dans le remboursement de toutes les dépenses

---

<sup>15</sup> Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations.

effectuées par l'autre et sa famille à l'occasion des fiançailles ou en vue de la vie conjugale future, y compris la restitution des cadeaux de fiançailles.

De son côté, l'auteur de la rupture abusive, qu'il s'agisse de l'homme ou de la femme, ne peut obtenir ni le remboursement des dépenses ni la restitution des cadeaux dans la mesure où l'autre n'a commis aucune faute. Les nouvelles dispositions du Code de la famille et de la personne relatives à la rupture des fiançailles, outre le fait qu'elles sont conformes aux réalités sociales maliennes, protègent aussi bien l'homme que la femme. En cela elles constituent un bon compromis entre les coutumes et l'évolution actuelle.

Par ailleurs, l'article 278 du Code prévoit que les fiançailles sont conclues entre l'homme et la femme « en accord avec leurs familles ». Le législateur a pris en compte ici la volonté de la famille qui est importante dans la société malienne surtout en matière de mariage qui est au-delà du consentement des futurs époux, une alliance entre deux familles. Ainsi, tout comme l'article 27 de la charte de Kurukan Fuga de 1236<sup>16</sup>, en prévoyant l'accord des parents ou des familles des futurs époux à l'article 278, le Code fait de l'intervention de ces derniers, une condition de validité des fiançailles. Le terme « accord » impose une réponse affirmative. Mais il peut aussi être interprété comme exigeant le consentement des familles des futurs époux. Le désaveu d'une des familles concernées pourrait empêcher un homme et une femme de se fiancer même étant tous les deux majeurs. Or, même pour la célébration du mariage, excepté le cas des mineurs, le Code n'exige pas le consentement des familles respectives des époux, mais exclusivement celui de ses derniers. On pourrait dire que pour le législateur malien, une fois que le consentement des parents des époux est acquis au niveau des fiançailles, il est valable pour le mariage car les fiançailles doivent conduire automatiquement à ce dernier si elles ne sont pas rompues. Sans fiançailles, le mariage ne saurait être légitime aux yeux de la société parce qu'elles constituent une période et un acte de probation.

C'est au niveau des fiançailles qu'intervient la dot qui constitue le pilier du mariage. Le Code des personnes et de la famille dispose à l'article 288 que la dot est obligatoire et a un caractère symbolique. Elle ne peut en aucun cas excéder la somme de 15 000 Francs. Elle ne peut donner lieu à restitution qu'en cas de non consommation du mariage du fait de l'épouse. Alors que la Sourate 2 La Vache, verset 237 du Coran, nous dit : « Et si vous divorcez d'avec elles sans les avoir touchées, mais après fixation de leur mahr, versez leur alors la moitié de ce que vous avez fixé, à moins qu'elles ne s'en

---

<sup>16</sup> Article 27 : La jeune fille peut être donnée en mariage dès qu'elle est pubère sans détermination d'âge. Le choix de ses parents doit être suivi quel que soit le nombre de candidats.

désistent, ou que ne se désiste celui entre les mains de qui est la conclusion du mariage. » Contrairement au Coran qui demande de verser la moitié de la dot en cas de divorce et de non consommation du mariage, le Code prévoit sa restitution.

Le caractère symbolique de la dot trouve son origine dans la coutume et dans l'islam. Contrairement à l'idée qui selon laquelle le Code, en proclamant le caractère symbolique de la dot et en limitant sa valeur à une somme modique, exclut toute fonction économique ou sociale de celle-ci et méconnaît ainsi les motivations profondes des comportements traditionnels...<sup>17</sup>, le Code ne fait que se conformer à une vieille tradition malienne car la dot a de tout temps été symbolique avant l'avènement de la colonisation. L'article 29 de la charte de *Kurukan Fuga* fixait par exemple « la dot à trois bovins. Une pour la fille, deux pour ses pères et mères. »<sup>18</sup> Il est important de noter que malgré l'institutionnalisation de ces règles de fiançailles, certaines dispositions de la charte de 1236 ont été influencées par l'islam, la colonisation et les différentes interactions internes dans les communautés maliennes. Par ailleurs, à cette époque, tout le monde n'avait pas non plus les moyens de s'offrir trois bovins pour son mariage. Avec l'avènement de l'islam, de la colonisation, du boom de la démographie suivi de la complexification de la société et de la monnaie, la consistance de la dot, sa valeur et les cadeaux de mariage sont devenus très variables. Ils dépendent à la fois de la fortune du futur mari, de sa famille, du statut social de la femme et des coutumes familiales.<sup>19</sup> C'est probablement pour toutes ces raisons que le législateur malien a jugé nécessaire de limiter la dot à 15 000 Frs.

Aujourd'hui, dans les sociétés maliennes, la coutume a beaucoup évolué. Au siècle dernier, le débat sur le sens et le but de la dot a été animé par deux grandes écoles. En Afrique noire, bien que ce débat ait été repris par certains, il n'a pas bouleversé la logique coutumière de la dot. Les deux écoles se fondaient toutes sur le Coran et les Hadiths...<sup>20</sup> Ce qu'on peut retenir de ces

---

<sup>17</sup> Bréhima KAMENA, *ibid.* p. 253.

<sup>18</sup> La charte du nouveau Mandé, [En Ligne] le 24/09/2017 : <http://mediaafrik.com/wp-content/uploads/2013/05/La-Charte-du-nouveau-Manden.pdf> Voir aussi: <https://ich.unesco.org/fr/RL/la-charte-du-manden-proclamee-a-kouroukan-fouga-00290>

<sup>19</sup> Bakary CAMARA, *ibid.*

<sup>20</sup> La première école a pour chef de file Marcel Morand qui postule que le mariage à l'époque préislamique était une vente et est demeuré une vente malgré le Coran et ses réformes. Selon lui, le seul progrès réalisé consiste dans le fait que la femme qui, avant l'islam était seulement l'objet du contrat, est devenue depuis l'islam, objet et partie en même temps du contrat. Elle constitue à la fois la chose vendue et vendeur.

débats, c'est que, du point de vue de l'islam et de la coutume, la dot est insignifiante relativement à sa valeur patrimoniale.

Ainsi, en considérant la dot comme la condition fondamentale de la formation du mariage, et, à partir de la procédure et de la réglementation des fiançailles, nous pouvons dire que le nouveau Code des personnes et de la famille tient effectivement compte des coutumes maliennes. Qu'en est-il de la formation proprement dite du mariage ou la légitimation de l'union par la religion ou la coutume ? Comment le Code prévoit les successions ?

## **II. Le mariage et les successions dans le Code des personnes et de la famille**

Le législateur malien, pour préserver la paix sociale n'a trouvé d'autres solutions que de reconnaître le mariage célébré devant le ministre du culte (A) et les principes de succession islamique (B).

### ***A. La reconnaissance du mariage devant le ministre du culte et d'autres effets de l'Union matrimoniale***

Ici, la réalité du terrain s'est imposée, c'est-à-dire les pratiques religieuses et coutumières du mariage dans les sociétés maliennes. La célébration du mariage devant le ministre du culte est reconnue.<sup>21</sup> Le ministre du culte établit quatre originaux de l'imprimé-type dont le deuxième original est transmis à l'officier de l'état civil du lieu de la célébration dans un délai de quinze jours.<sup>22</sup> Dès réception de l'original qui lui est destiné, l'officier de

---

Comme exemple, selon Morand, en Algérie, les actes de mariage qualifiés de Tamlik seraient translatifs de propriété et seraient rédigés comme des actes de vente. Ainsi, la dot pour lui n'est partout qu'un prix de vente. Parmi les leaders de la deuxième école, à côté des classiques Sautaya et Zeys, il y avait Roussier-Theaux qui fait partie des chefs de file au Maroc à partir de 1935. Cette école a deux niveaux de raisonnement : le premier niveau est la comparaison entre la dot et le prix de vente ; le deuxième niveau de comparaison se trouve entre le mariage et la vente. Concernant le premier niveau, les tenants de cette école font valoir que les textes ne sont pas déterminants. Ils postulent que ce que l'on donne en dot et ce que l'on donne en vente ne sont pas identiques car certains objets de la dot ne sont pas acceptés pour la vente. Sur le deuxième niveau de comparaison, ils cherchent les solutions qui peuvent faire qu'un acte sexuel puisse être licite et pensent qu'un musulman en quête de femme n'a à sa disposition que deux moyens légaux de rendre licite ce rapport : acheter une esclave ou contracter mariage. Le mariage et la vente sont deux choses différentes.

<sup>21</sup> L'article 300 du Code stipule que « Le mariage est célébré publiquement par le ministre du culte sous réserve du respect des conditions de fond du mariage et des prohibitions édictées dans le présent livre. »

<sup>22</sup> Code des personnes et de la famille du 30 décembre 2011, Art. 303.

l'état civil enregistre le mariage dans le registre ouvert à cet effet et établit un livret de famille pour les époux.<sup>23</sup> Les droits et devoirs des époux ainsi que la dissolution du mariage célébré devant le ministre du culte sont soumis aux dispositions du titre III et IV du livre II du Code.

Dans le processus de formation du mariage, même si la dot a été payée en intégralité, en l'absence du rituel du mariage, juridiquement, le mariage n'existe pas et ne peut être consommé. L'article 280 nous rappelle que le mariage est un acte public, par lequel un homme et une femme, consentent d'établir entre eux une union légale dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont régis par les dispositions du présent livre. Il est célébré par l'officier d'état civil ou par le ministre du culte. Du coup, les mariages religieux et coutumiers sont reconnus par la loi au Mali. Mais contrairement aux fiançailles, le Code n'exige pas le consentement des familles des époux pour le mariage acte public, car dans l'esprit du législateur, les fiançailles conduisent normalement au rituel devant l'officier de l'état civil ou devant le ministre du culte.

Le principe du consentement dans le mariage ne date pas d'aujourd'hui. En 1939, le décret Mandel réglementant les mariages indigènes organisait et imposait un âge légal pour la nuptialité et le consentement en Afrique occidentale française (AOF). Dans certains de ses articles, le décret Mandel stipulait que désormais, au lieu des parents, ce sont les futurs époux qui devraient consentir librement à leur union. Les parents ne devaient intervenir que subsidiairement pour entériner la décision. Ce qui les plaçait dans le rôle de simples témoins. L'objectif du décret Mandel était de mettre fin à la tutelle matrimoniale trop forte des parents, surtout sur la fille, donc au mariage forcé et au mariage précoce, en vue de promouvoir la volonté individuelle dans le mariage. A la différence des communautés soninkés où les femmes se mariaient à un âge relativement très jeune (douze ans parfois), dans les communautés malinkés, en général, les filles étaient données en mariage au moment où les seins commencent à pousser, (environ quatorze ans).<sup>24</sup> Ce décret n'a pas été appliqué ni par les populations indigènes, ni par les tribunaux indigènes bien qu'il soit arrivé que des jeunes filles aient recouru à la justice pour éviter un mariage forcé.

Dans le même esprit que le Code du mariage et de la tutelle de 1962<sup>25</sup>, l'article 281 du Code des personnes et de la famille fixe l'âge minimum pour

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, art. 304.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> L'article 4 de la loi n° 62-17-ANRM du 03 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle stipule que l'homme avant dix-huit ans révolus et la femme avant quinze ans accomplis ne peuvent contracter mariage. L'alinéa 2 du même article ajoute : « néanmoins, le ministre de la Justice pourra accorder, par décision non susceptible de

contracter mariage à dix-huit ans pour l'homme et seize ans pour la femme. Le chef de la circonscription administrative peut, néanmoins, par décision susceptible de recours, devant le juge civil accorder une dispense d'âge pour des motifs graves. Cette autorisation ne peut être délivrée que pour les futurs conjoints âgés d'au moins quinze ans. Une copie de la décision de dispense est annexée à l'acte de célébration du mariage. Contrairement au Code de 1962 qui fixait l'âge du mariage de la femme à la période d' « avant quinze ans accomplis », le Code des personnes et de la famille de 2011 fixe l'âge du mariage de la jeune femme à seize ans. Le Code laisse toutefois une possibilité pour la dispense d'âge pour des motifs graves comme par exemple en cas de grossesse précoce. A la place du ministre de la Justice pour le Code de 1962, c'est le chef de la circonscription administrative qui est chargé de décider la dispense d'âge avec possibilité de recours auprès du juge civil. Par ailleurs, l'autorisation de dispense d'âge est délivrée aussi bien aux femmes qu'aux hommes de moins de quinze ans.

Nous trouvons que cette disposition constitue non seulement un compromis entre les principes occidentaux modernes et les coutumes, mais aussi que l'allègement de la procédure de dispense est une avancée. Au lieu de se borner à l' « à peu près » de « quand la poitrine est pleine », c'est-à-dire la puberté entre onze et quatorze ans, le Code tranche et fixe l'âge du mariage à seize ans pour les femmes. Mais pour la dispense, l'article 282 met en garde et précise que tout officier de l'état civil ou ministre de culte qui célébrera le mariage d'une personne n'ayant pas atteint l'âge requis encourra une peine d'emprisonnement de six mois à un an et une amende de 120 000 francs.

Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement des deux futurs époux. Le consentement n'est point valable s'il est extorqué par la violence ou s'il n'a été donné que par suite d'une erreur sur la personne...<sup>26</sup> Il faut toutefois noter que le futur époux, en principe, ne peut contracter

---

recours, des dispenses d'âge pour motifs graves. » Cette disposition n'est pas contraire à la coutume car dans le passé c'est vers l'âge de 18 ans que le jeune garçon circoncis pouvait rentrer dans le cercle des hommes. Ce qui le prédisposait au mariage. C'est donc à cet âge que les hommes se mariaient dans la tradition malinké. Concernant la jeune fille, comme nous l'avons dit précédemment, dans le pays malinké en général, rejoignaient leurs maris quand « leurs poitrines étaient pleines ». Cependant, chez la plupart des filles, la poitrine est pleine bien avant l'âge de 15 ans. Ici, on peut constater que cette loi avait seulement voulu protéger la fille en interdisant le mariage précoce, en imposant « quinze ans accomplis », ce qui est bien raisonnable car « une poitrine remplie » d'une jeune fille n'est pas un critère très fiable pour mesurer l'âge d'une fille ; bien que dans la tradition mandingue il soit suffisant pour juger de l'aptitude de la femme à supporter ses devoirs de cohabitation.

<sup>26</sup> *Ibid.*, article 283.

mariage, en cas de dispense d'âge sans le consentement de ses père et mère. En cas de désaccord, l'avis du père suffit. Cet alinéa de l'article 284 du Code est impératif et redonne à l'homme la place traditionnelle dans le foyer. Ici encore, nous pouvons affirmer que les coutumes ont été en partie prises en compte bien que le consentement des père et mère pour le mariage sans dispense ne soit pas demandé. Le même article précise à l'alinéa 2 que « en cas de décès ou d'impossibilité pour le père de manifester sa volonté, le consentement du Conseil de famille élargi à la mère suffit. Ici, la mère n'est pas exclue dans la prise de décision mais sa place n'est pas prépondérante. Contrairement à la seule suffisance de l'avis du père, celui de la mère est impossible sauf au sein d'un conseil de famille élargi à elle.

Pour les sanctions prévues pour le mariage sans consentement, l'article 287 indique que l'officier d'état civil qui procédera à la célébration d'un mariage sans qu'il se soit assuré des consentements encourra un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus, et d'une amende de 25 000 frs à 120 000 frs, ou à l'une de ces deux peines seulement. Un point d'ombre existe néanmoins car cette disposition laisse sous silence les peines et les amendes encourues par le ministre du culte en cas de violation des articles 283, 284<sup>27</sup>, 285<sup>28</sup> et 286<sup>29</sup>. Quelle sera la sanction du ministre du culte en cas de violation de ces dispositions ?

Pour revenir à la dispense d'âge, comparé aux autres pays de la sous-région, on se rend compte que la procédure prévue par le Code malien est beaucoup plus souple. C'est le cas par exemple du Bénin où la dispense d'âge est accordée « pour motif grave par ordonnance du Président du tribunal de première instance sur requête du Ministère public. » En Côte d'Ivoire, la loi n° 64-375 prévoyait que la dispense est accordée par le Président de la République pour motifs graves.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Le futur époux, en principe, ne peut contracter mariage, en cas de dispense d'âge, sans le consentement de ses père et mère. En cas de désaccord, l'avis du père suffit. En cas de décès ou d'impossibilité pour le père de manifester sa volonté, le consentement du conseil de famille élargi à la mère suffit.

<sup>28</sup> Le futur époux reconnu par son père ou sa mère ne peut contracter mariage, en cas de dispense d'âge, sans le consentement du parent qui l'a reconnu.

<sup>29</sup> Le futur époux non reconnu par ses père et mère, ou de père et mère inconnus, ne peut contracter mariage, en cas de dispense d'âge, qu'avec l'autorisation de son tuteur ou à défaut l'autorisation spéciale du chef de la circonscription administrative de son domicile. L'expédition de cette autorisation est annexée à l'acte de célébration du mariage.

<sup>30</sup> Bréhima KAMENA, « Les innovations apportées par le projet de Code des personnes et de la famille au droit malien : quelques exemples à propos du mariage », Université, Recherche et développement, n° 21, juin 2011, *Revue pluridisciplinaire de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis*, Sénégal.

Par ailleurs, concernant l'option matrimoniale, selon l'article 307, les futurs époux sont libres de contracter mariage soit sous le régime de la monogamie, soit sous le régime polygamique. Si c'est sous le régime monogamique, les époux ne peuvent contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Toutefois, l'homme ayant opté pour la monogamie aura la faculté de réviser son option avec le consentement exprès de l'épouse. Pour le mariage polygamique, il faut que la femme y consente, et l'homme ne peut être tenu simultanément dans les liens du mariage avec plus de quatre femmes. Les régimes matrimoniaux règlent les effets patrimoniaux du mariage dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers. Nous voyons que le Code est resté flexible, il donne la liberté de choix matrimonial dépendant non seulement des futurs époux, mais aussi de leurs religions ou de leurs coutumes respectives. L'option de monogamie est révisable. En prévoyant la polygamie, le Code des personnes et de la famille respecte les prescriptions du Coran en la matière. Selon le Coran : « ... Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule... » Sourate 4, Les Femmes, verset 3.<sup>31</sup> Le Code organise les régimes suivants : la séparation des biens, la communauté universelle, la communauté réduite aux acquêts et les autres communautés convenues entre époux.<sup>32</sup>

L'article 289 prévoit seize cas de mariages prohibés. Parmi ces seize cas, il y a « le mariage entre personnes de même sexe. » La religion musulmane interdit aussi cette catégorie de mariage car dans une optique religieuse et coutumière, le mariage est fait pour se procréer.

L'article 314 dispose que le mariage qui n'a pas été célébré conformément aux conditions de forme prescrites par le présent Code ou qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent ou le ministre du culte, peut être attaqué à tout moment par tous ceux qui y ont intérêt ainsi que par le ministère public, dès lors qu'ils n'en ont pas été informés et qu'aucun enfant n'en est issu. Les prétendants sont donc obligés de célébrer leur mariage devant l'officier de l'état civil ou devant le ministre du culte à la mosquée ou à l'église. La même procédure est valable pour les athées qui n'ont d'autre choix que de célébrer leur mariage devant l'officier de l'état civil.

---

<sup>31</sup> *Le Saint Coran et la traduction en langue française du sens de ses versets*, Révisé et édité par la présidence générale des directions des recherches scientifiques islamiques, de l'Ifta, de la prédication et de l'orientation religieuse, Royaume d'Arabie Saoudite, 1410 (1988).

<sup>32</sup> *Ibid.*, article 385.

*Des droits et obligations des époux : le maintien de l'inégalité en matière extrapatrimoniale*

Tout comme les articles 32 et 34 du Code de la famille et de la tutelle de 1962, le Code des personnes et de la famille de 2011 réaffirme dans son article 316 que dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent Code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme. Les époux se doivent mutuellement fidélité, protection, secours et assistance. Ils s'obligent à la communauté de vie sur la base de l'affection et du respect. Le mari est le chef de famille... Le choix de la résidence de la famille appartient au mari. La femme est tenue d'habiter avec lui et il est tenu de la recevoir. Ce choix doit se faire dans l'intérêt du ménage. Les charges du ménage pèsent sur le mari. La femme mariée qui dispose de revenu peut contribuer aux charges du ménage.<sup>33</sup>

Traditionnellement, au Mali, la femme doit obéir à son mari. Dans la réalité des couples maliens, l'obéissance de la femme à son mari se fonde aussi bien sur l'islam que sur les coutumes non islamiques. Selon la Sourate 4 verset 34 du Coran, Les hommes ont autorité sur les femmes en raison des faveurs qu'Allah accorde à ceux-ci sur celles-là et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs biens. Les femmes vertueuses sont obéissantes (à leurs maris) et protègent ce qui doit être protégé pendant l'absence de leur époux avec la protection d'Allah. Et quant à celles dont vous craignez la désobéissance, exhortez-les, éloignez-vous d'elles dans leurs lits et frappez-les. Si elles arrivent à vous obéir alors ne cherchez plus de voies contre elles, car Allah est certes Haut et Grand !<sup>34</sup> Ces dispositions du Code influencées par le Coran rompent avec la question de l'égalité entre l'homme et la femme.

*De la dissolution du mariage*

Concernant le divorce, le Code dispose qu'il peut être prononcé soit par consentement mutuel, soit pour rupture de la vie commune, soit pour faute<sup>35</sup> : « Les deux époux, lorsqu'ils demandent conjointement le divorce n'ont pas à en faire connaître la cause ; ils doivent seulement soumettre à l'approbation du juge un projet de convention qui en règle les conséquences.<sup>36</sup> // Un époux peut aussi demander le divorce en raison d'une rupture prolongée de la vie

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, article 319.

<sup>34</sup> *Le Saint Coran et la traduction en langue française du sens de ses versets*, Révisé et édité par la présidence générale des directions des recherches scientifiques islamiques, de l'Ifta, de la prédication et de l'orientation religieuse, Royaume d'Arabie Saoudite, 1410 (1988), p. 84.

<sup>35</sup> *Ibid.*, article 326.

<sup>36</sup> *Ibid.*, article 337.

comme lorsqu'ils vivent séparés de fait, depuis trois ans ou en cas d'impossibilité de l'un de satisfaire à ses obligations conjugales. Ou encore, lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent depuis trois ans gravement altérées.<sup>37</sup> // Enfin, un époux peut demander le divorce pour faute en cas d'adultère de l'autre ; d'excès, sévices et d'injures graves de l'autre rendant la vie conjugale impossible ; de condamnation de l'autre à une peine afflictive et infamante ; d'alcoolisme invétéré ou toxicomanie ; et enfin, de manquement à un engagement substantiel. » Dans ce cas précis, le législateur a mis l'accent sur la réconciliation : une tentative de conciliation est prévue par la loi. Dans cette section, le mot conciliation apparaît plusieurs fois aux articles 354, 355, 357 et 358. La conciliation est une des valeurs traditionnelles dans les sociétés maliennes. Même pour les cas de divorce, l'article 371 indique que l'action en divorce s'éteint par la conciliation des époux sans préjudice de la possibilité d'une nouvelle demande pour une cause survenue depuis la conciliation...

L'épouse peut aussi demander le divorce lorsque le mari refuse de subvenir à ses besoins essentiels : nourriture, logement, habillement et soins médicaux. Le Code interdit à la femme de se remarier avant trois mois après le divorce : « la femme divorcée ne peut contracter un nouveau mariage avant un délai de trois mois à compter du divorce. »<sup>38</sup> Cette interdiction est présente dans le Coran à la Sourate 2, La Vache, verset 228 : « Et les femmes divorcées devront observer un délai d'attente de trois menstrues. »<sup>39</sup>

Un délai de quatre mois avant le remariage est également imposé à la femme dont le mari est décédé comme le prévoit le Coran Sourate 2 verset 234 : « Ceux des vôtres que la mort frappe et qui laissent des épouses : celles-ci doivent observer une période d'attente de quatre mois et dix jours ». <sup>40</sup> L'influence de l'islam sur le Code se trouve aussi au niveau des cas de dissolution du mariage par décès. L'article 373 dispose que « la veuve ne peut contracter un nouveau mariage avant un délai de quatre mois et dix jours à compter du décès de son mari. La veuve enceinte ne peut contracter mariage qu'après l'accouchement. Si l'accouchement intervient pendant ce temps, elle n'est plus tenue d'achever la durée prescrite à l'alinéa précédent. »

La coutume islamique permet en la matière la restitution de la moitié de la dot (*mahr*) en cas de divorce sans consommation du mariage cf. Sourate 2, La Vache, verset 237 : « Et si vous divorcez d'avec elles sans les avoir

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, articles 348 et 349.

<sup>38</sup> *Ibid.*, article 366.

<sup>39</sup> *Ibid.* *Le Saint Coran et la traduction en langue française du sens de ses versets*, p. 36.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 38.

touchées, mais après fixation de leur mahr, versez leur alors la moitié de ce que vous avez fixé, à moins qu'elles ne s'en désistent, ou que ne se désiste celui entre les mains de qui est la conclusion du mariage ».<sup>41</sup>

Concernant les effets du divorce, l'article 368 dispose que l'épouse placée dans le besoin du fait du divorce prononcé au tort du mari a droit à une pension alimentaire sans préjudice des dommages-intérêts. La pension alimentaire ne peut excéder le quart du montant du revenu du mari. Dans le cas de mariage polygamique, cette fraction ne peut être supérieure à : 1/8<sup>e</sup> pour deux épouses ; 1/12<sup>e</sup> pour trois épouses et 1/15<sup>e</sup> pour quatre épouses. Nous voyons que le législateur malien a le souci de compromis dans le texte.

#### *La filiation dans le Code des personnes et de la famille*

L'article 447 du Code dispose que la filiation est légitime, naturelle ou adoptive. Du conflit de lois relatif à l'établissement de la filiation, le Code précise que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant<sup>42</sup>. Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère ont au Mali leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi malienne, alors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.<sup>43</sup> L'article 465 nous informe que le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets de mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant. La légitimation par autorité de justice est régie aux choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant. La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit avec la loi personnelle de son auteur, soit avec la loi personnelle de l'enfant. L'action à fin de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur.<sup>44</sup> La légitimation n'a lieu que par mariage des parents ou par autorité de justice.<sup>45</sup>

Le Code a résolu le problème de la reconnaissance de l'enfant naturel dans les articles 495 et suivants.<sup>46</sup> Quand il est reconnu, l'enfant naturel a les mêmes droits que l'enfant légitime. La filiation naturelle est légalement

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>42</sup> Art. 463.

<sup>43</sup> Art. 464.

<sup>44</sup> Art. 466.

<sup>45</sup> Art. 484.

<sup>46</sup> De l'article 495 à l'article 511.

établie par reconnaissance volontaire. Elle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement.

En ce qui concerne l'adoption, l'article 522 autorise l'adoption d'un ou de plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité. Dans le premier cas, a lieu « l'adoption-protection » qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et des obligations tels que prévus par le Code des personnes et de la famille ; dans le second cas, a lieu « l'adoption-filiation » qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime. En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit. Des innovations ont été aussi apportées au niveau des successions qu'il convient de mettre en exergue.

### ***B. Des successions profondément influencées par les principes de l'islam***

Au niveau des successions, le Code des personnes et de la famille a essayé de faire un compromis avec la religion et les coutumes. L'article 751 dispose que : « L'héritage est dévolu selon les règles du droit religieux, coutumier ou selon les dispositions du présent livre. // Les dispositions du présent livre s'appliquent à toute personne :// - dont la religion ou la coutume n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée ; // - qui, de son vivant, n'a pas manifesté par écrit ou par devant témoins sa volonté de voir son héritage dévolu autrement ; - et enfin, qui, de son vivant n'a pas disposé par testament de tout ou partie de ses biens, sauf la mesure compatible avec la réserve héréditaire et les droits du conjoint survivant. Nul ne peut déroger aux règles de mode de dévolution successorale retenu. »

Il est important de noter que dans le chapitre des droits des parents en l'absence de conjoints successibles, l'article 771 dispose que la loi ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder. Les droits successoraux résultant de la filiation adoptive sont réglés au titre de l'adoption.<sup>47</sup>

Quand la religion est établie et que le défunt était musulman, la succession se fait sur la base des prescriptions du Coran. Plusieurs versets (au nombre de 5) de la quatrième sourate *Les Femmes* du Coran règlementent la succession en droit musulman. Il s'agit notamment de :

- La Sourate 4 verset 7 : « Aux hommes revient une part de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches ; et aux femmes une part de ce

---

<sup>47</sup> Loi n° 2011-087 du 30 décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille.

qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches, que ce soit peu ou beaucoup : une part fixée. »<sup>48</sup> ;

- La Sourate 4 verset 11 : « ...au fils, une part équivalente à celle de deux filles. S'il n'y a que des filles, même plus de deux, à elles alors deux tiers de ce le défunt laisse. Et s'il n'y en a qu'une, à elle alors la moitié. Quant aux père et mère du défunt, à chacun d'eux le sixième de ce qu'il laisse, s'il a un enfant. S'il n'a pas d'enfant et que ses père et mère héritent de lui, à sa mère alors le tiers »<sup>49</sup> ;

- La Sourate 4 verset 12 : « Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfant. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent...Et à elles un quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfant. Mais si vous avez un enfant, à elles alors le huitième de ce que vous laissez. »<sup>50</sup> ;

- La Sourate 4 verset 19 : « Ô les croyants ! Il ne vous est pas licite d'hériter des femmes contre leur gré. Ne les empêchez pas de se remarier... »<sup>51</sup> ;

- Et de la Sourate 4 verset 176 : « ...si quelqu'un meurt sans enfant, mais a une sœur, à celle-ci la moitié de ce qu'il laisse. Et lui, il héritera d'elle en totalité si elle n'a pas d'enfant. »<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> *Le Saint Coran et la traduction en langue française du sens de ses versets*, p. 78.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

**LA PAROLE DU MEDIUM, UN TYPE PARTICULIER  
DE CHEF NON REDEVABLE**

**Kadi Dago,  
maître-assistant d'histoire des institutions  
à l'Université Félix Houphouët Boigny d'Abidjan,**

*« Au commencement était la Parole, et la Parole était avec Dieu, et la Parole était Dieu... Toutes choses ont été faites par elle, et rien de ce qui a été fait n'a été fait sans elle<sup>1</sup> ».*

Cette allégation d'un passage des Saintes Ecritures démontre à la perfection le caractère sacré, mais aussi performatif de la Parole.

Sacrée, la parole est un don de Dieu. Fondement de toutes les civilisations, trame du monde, elle est puissance, elle est force. La puissance de l'oralité est unique en Afrique, où les sociétés sont généralement dominées par la magie, où les vivants, les morts et les choses se parlent et s'influencent réciproquement. Celui qui en dispose peut s'en servir pour changer l'ordre des choses. Elle sert à pénétrer le monde invisible et protéger le monde visible des forces maléfiques.

La parole se manifeste lors des occasions telles : la chasse, les funérailles, la circoncision, l'initiation et autres rites sacrés. Le caractère sacré de la parole rituelle se trouve dans ces pratiques qui peuvent paraître anodines mais qui sont en réalité remplies de sens. Il s'agit le plus souvent de formules connues de quelques initiés, prononcées sous la forme d'une prosodie spéciale, dans une langue secrète, la langue des initiés. Et c'est ce qui rend efficace le rite sacrificiel. En effet, comme le souligne Germaine Dieterlen, « Le rôle du verbe est fondamental dans l'efficacité du rite sacrificiel : chaque opération est accompagnée d'une récitation, d'une prière, d'une invocation. Sans paroles le rite n'a point d'effet ; à la limite, c'est la parole qui compte. Dans une assemblée, on n'observe pas d'attitude particulière lorsque le sacrificateur procède aux libations ou à l'égorgeement des victimes, il n'y a point de recueillement. En revanche, tout le monde se tait lorsque le

---

<sup>1</sup> Livre de saint Jean, chapitre 1, verset 1 et verset 3, *Sainte Bible* version L. SEGOND.

doyen énonce l'adresse, si courte que soit-elle. Il se passe là quelque chose d'important dont tous les assistants ont pleinement conscience<sup>2</sup>».

La maîtrise de la langue fait l'homme et le sage. Pour que le verbe soit efficace tant pour la bénédiction que pour la malédiction, il faut maîtriser la langue. La parole a du poids et celui qui sait en faire usage a une prise sur la maladie, les éléments naturels, les hommes ». Cela est d'autant plus important que des auteurs de la Bible recommandent la maîtrise de la langue<sup>3</sup>, dans la mesure où de son pouvoir dépendent les deux concepts fondamentaux de l'existence humaine, la mort et la vie<sup>4</sup>. « Les Yoruba disent que "la parole est comme un œuf ; si elle s'échappe, elle ne peut se reprendre"<sup>5</sup>. De la même façon que l'œuf, en se cassant, laisse des traces difficiles à effacer, la parole pourra elle aussi laisser des marques profondes et lourdes de conséquences ».

Performative, la parole n'est pas à prendre "à la légère"<sup>6</sup>. Car, elle n'est pas seulement mot, son ; elle est aussi et avant tout action. Le professeur Néné Bi disait<sup>7</sup> : « La parole n'est pas seulement instrument de communication ; elle est l'impression par excellence, de l'être force, déclenchement des puissances vitales et principe de leur cohésion ». Et, ajoutait-il, « Sur le plan métaphysique, le verbe est créateur et création constituée par le souffle humain, c'est-à-dire l'âme.

La parole est tout.

Elle coupe, écorche.

Elle modèle, module.

Elle perturbe, rend fou.

Elle guérit ou tue net.

Elle amplifie, abaisse selon sa charge.

Elle excite ou calme les âmes.

On le voit, la parole fait, refait et défait le monde.

---

<sup>2</sup> G. DIETERLEN, « Réflexions sur la parole, le sacrifice et la mort dans quatre populations de l'Afrique de l'Ouest », système de pensée en Afrique noire, mis en ligne le 2 juillet 2013, consulté le 17 mai 2018, URL <https://journals.openedition.org>.

<sup>3</sup> Jacques 3,2-6 ; Proverbes 10,19 ; 21, 23, *Sainte Bible* version L. SEGOND.

<sup>4</sup> Proverbes 18,21, Idem.

<sup>5</sup> M. SACHNINE, « Ifa sait la parole, l'histoire, les proverbes », in *Journal des Africanistes*, 1987, n° 57, Fasc. 1-2, p. 161-173, cité par P. ROULON-DOKO, « Le statut de la parole », publié le 24 juillet 2012, consulté le jeudi 17 mai 2018 ([paroledef.pdf, archives-ouvertes.fr, p. 4](http://paroledef.pdf.archives-ouvertes.fr)).

<sup>6</sup> S.-M. ENO BELINGA, « La littérature orale africaine » (*La parole dans les sociétés orales*, p. 3), [www.contesafricains.com/article.php?id\\_article=11](http://www.contesafricains.com/article.php?id_article=11), consulté le 6 juin 2018.

<sup>7</sup> B. S. NENE Bi, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édition 2018, p. 173.

Dans le même ordre d'idées, Hampaté *Ba* disait, « La parole est l'homme. Le verbe est créateur... »<sup>8</sup>. Mais notons qu'autant il est créateur qu'il est destructeur, libérateur que condamneur. Et on le voit, la mort est apparue dans le monde humain après la révélation de la parole<sup>9</sup>. De la même façon que la parole de Dieu a fait le monde<sup>10</sup>, la parole de Dieu a aussi apporté la mort aux hommes. Sans toutefois vouloir citer toute la Bible, nous voulons rapporter un récit biblique qui relate l'histoire d'un soldat romain qui, sollicitant la guérison de son serviteur auprès de Jésus, lui a dit « Je ne suis pas digne que tu entres sous mon toit ; mais dis seulement un mot et mon serviteur sera guéri<sup>11</sup> ». Cet homme souligne, avec force certitude, la valeur performative de la parole de Jésus. Il n'était pas nécessaire que Jésus se rende en personne dans sa maison, sa seule parole suffisait. Elle pouvait, par elle-même, réaliser l'action, produire l'effet attendu. En effet, certaines expressions font office à elles seules d'actes. Le seul fait de les prononcer réalise l'action comme le démontre le philosophe anglais, John Austin, dans sa théorie sur les énoncés performatifs exposée son ouvrage *How to do things with words*, en 1962<sup>12</sup>. Austin insiste sur la force "illocutoire" de la parole selon laquelle en prononçant un énoncé, on lui attribue une force ou une valeur. Peut-être après tout qu'en prononçant les mots adéquats, le phénomène invoqué aura lieu. Sorte de retour à une parole magique, où les mots ont en eux-mêmes un pouvoir, d'évocation, d'invocation, de convocation, comme le disait Diotime<sup>13</sup>. A ce sujet, Francis N'Soudan<sup>14</sup>, dans son essai sur le peuple eYe du Sud du Togo, fait remarquer que dans la société eYe, « la parole n'est pas un mode passif de communication mais un mode d'action par excellence. Parler, c'est d'abord agir. La parole se livre comme une arme redoutable et on l'utilise... ».

Cette force qu'a la parole d'agir, les Judéens en avaient pleine conscience. Ainsi, complotèrent-ils contre Jérémie avec la pleine conscience que cette

---

<sup>8</sup> Citation n° 183 (Bandiagara, 1900-Abidjan 1991) : A. HAMPATÉ BÂ, *Aspects de la civilisation africaine*, Présence africaine, 1972, 139 pages : « La parole est l'homme. Le verbe est créateur. Il maintient l'homme dans sa nature propre ».

<sup>9</sup> Genèse 3, 7-24, *Idem*.

<sup>10</sup> Genèse 1, 3-31, *Idem*.

<sup>11</sup> Matthieu 8, 5-8.

<sup>12</sup> J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, Editions Urmson, Oxford, 1962 (traduction française : *Quand dire c'est faire*, Editions du Seuil, Paris, 1970), Théorie sur les énoncés performatifs.

<sup>13</sup> Diotime, « Le statut de la parole », n° 41 (07/2009).

<sup>14</sup> F. N'SOUDAN, *Essai sur le peuple eYe*.

arme redoutable aboutirait à le compromettre pour ensuite le mettre à mort<sup>15</sup>. Certaines paroles sont par essence puissantes. Ainsi en est-il de la parole du chef. « La parole autoritaire du chef de famille est écoutée avec respect, même lorsqu'on la trouve injuste, [...] l'on ne peut que se taire »<sup>16</sup>. Dans son article précité, Diotime soulignait que, dans la pratique philosophique, la parole est plus rigoureuse, plus âpre, plus exigeante. Elle porte un sens accru, plus vaste et multiforme. Certes, elle est plus artificielle et moins naturelle, mais en même temps elle est plus véridique et moins superficielle. Elle est plus pesée, plus pesante. Elle fait violence –se fait violence– parce qu'elle est contrainte et comprimée, parce que l'immédiateté de l'envie est violente, mais bizarrement, en un second temps, avec l'apprentissage et l'habitude nouvelle, cette parole sera plus nette et plus libre.

En même temps que la parole est destructrice, sa force et son pouvoir peuvent être créateurs, constructeurs, réunificateurs. La parole intervient, en effet, comme une arme qui réunit deux communautés en conflit, engagées dans une guerre verbale. C'est « en quelque sorte une guerre des mots, à qui l'emportera en humiliant le plus son adversaire, une joute oratoire dénuée de toute animosité et d'un esprit de violence sur le ton de la plaisanterie »<sup>17</sup>. Ceci dit, « Tuer par les mots n'est pas vraiment tuer, ce n'est que perpétrer une mort symbolique. Par ailleurs, tout en réduisant les tensions, la parole ressoude le peuple »<sup>18</sup>. Ces joutes verbales, tout en apaisant les tensions et les passions, évitent le recours aux vraies armes. La parole a ici une valeur de catharsis, elle devient purgation.

Sacrée et performative, la parole ne se dit pas fortuitement, n'importe où, n'importe quand, n'importe comment, par n'importe qui à n'importe qui. Nous dirons tout simplement que la parole est ce qui fait l'homme. Un homme est égal à sa parole, il n'a de valeur que de par sa parole. Ainsi, de même qu'on lie les bœufs par les cornes, on lie les hommes par la parole. Voilà pourquoi, on a coutume de dire d'une personne qui ne tient pas parole, qu'elle n'a pas de parole. Ce n'est pas à dire que cette personne ne communique pas ou qu'elle n'a pas l'usage de la parole, qu'elle ne sait pas établir un contact verbal avec l'autre, mais simplement qu'il n'y a aucun indice de confiance qui permette de déterminer l'identité de celui qui a parlé ou la valeur intrinsèque d'une telle personne, aucun élément qui définisse sa

---

<sup>15</sup> « Venez, complotez contre Jérémie ... Venez, tuons-le avec la langue » : Jérémie 18, 18.

<sup>16</sup> CALAME-GRIAULE, *Ethnologie et Langage : la parole chez les Dogon*, p. 382. Source : « Cultures orales africaines », p. 11, <https://halshs.archives-ouvertes.fr>, 24 juillet 2012.

<sup>17</sup> B. S. NENE BI, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édition 2018, p. 134.

<sup>18</sup> [www.contesafricains.com](http://www.contesafricains.com), consulté le 6 juin 2018 .

nature propre et qui donne du poids à sa parole. La parole est un acte d'engagement qui lie une personne. C'est dire combien la parole pèse. Elle demeure l'"unique" instrument de mesure du jugement de valeur.

De fait, en Afrique, au-delà de sa fonction première qui est d'être un instrument de communication, la parole, en tant que pouvoir, n'est pas à la portée de tous. La parole est du ressort des chefs, garants du maintien de l'ordre social et de l'harmonie entre le monde visible et les puissances surnaturelles. Le chef africain n'est donc pas uniquement le chef politique – chef de village, chef de canton ou chef de l'Etat – autour de qui s'organise l'administration de la société.

Le chef en Afrique, c'est celui à qui sont confiées la conservation et la transmission de la parole. Dépositaire de la tradition orale et de la mémoire collective de la société, le chef, en Afrique, est le détenteur et maître de la parole. Mais il est, avant tout, un initié, un personnage investi d'un pouvoir sacré, garant de l'ordre social et l'équilibre des rapports avec les divinités. En sa qualité d'interface entre le monde visible et le monde invisible, le chef en Afrique peut être tout initié, cet être spirituel, dont le pouvoir procède directement du surnaturel, cet être agi par des forces supérieures qui influencent son pouvoir de décision. De fait, le type de chef que nous nous proposons de présenter, ici, c'est le médium, cet être doué du pouvoir de communiquer avec les esprits, agi, *instrumentalisé par des forces qui transcendent son corps* »<sup>19</sup>, un chef non officiel qui, pourtant, accapare la société tout entière.

Dans les sociétés à castes, ce sont les griots<sup>20</sup>. Ce sont aussi les forgerons, les marabouts, etc. Dans les autres sociétés polycéphales ou chefferies, le pouvoir de la parole est détenu par le féticheur, le « koméan », sorcier ou devin, etc. Les religions dites révélées, quant à elles, font intervenir comme transmetteurs de la parole les prophètes que Dieu, dans la nuit où l'humanité cherchait sa route en tâtonnant, a suscités comme porte-flambeaux de la morale et de la religion.

Notre objectif est de faire connaître ces phénomènes, et de relever le caractère sacré et le rôle prépondérant et fondamental de la parole qui restent cependant ignorés dans nos sociétés traditionnelles. En effet, nombreux sont ceux qui ignorent que la parole est la trame du monde, qu'à ce titre, un usage inadapté peut entraîner le chaos. Ce qui impose, dès lors, une manipulation

---

<sup>19</sup> B. S. NENE BI, *Histoire du droit et des institutions méditerranéennes et africaines, Des origines au début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Abidjan, Editions ABC, 2<sup>e</sup> édition 2018, p. 182.

<sup>20</sup> Avec les hommes de castes, c'est-à-dire les personnes âgées qui constituent une source de connaissance de la tradition orale, le griot forme une sorte de musée de la parole.

très délicate de la parole, et en particulier celle du chef. Aussi, devrait-il consacrer tout un protocole à manier la langue.

Si le médium qui communique avec les esprits est mu par des esprits et ne fait qu'obéir qu'aux ordres, quel crédit peut-on accorder à sa parole ? Est-ce une parole autoritaire ? Contraignante ? Crainte ? Crainte par peur des puissances surnaturelles ou magiques, par respect des morts qui demeurent parmi les vivants par leur esprit, ou par conviction ? La parole du chef est-elle toujours une parole respectée ? Et qui l'engage ? Ou est-elle simplement banalisée ? Cette parole a-t-elle vraiment la valeur performative que le chef entend lui imprimer ? Que vaut cette parole en réalité ?

A cette série d'interrogations, nous avons tenté de répondre en appréhendant d'une part, le médium dans sa dimension de sorcier, dans les sociétés traditionnelles (I), et d'autre part, le médium en tant que prophète tant dans les religions animistes que dans celles dites révélées (II).

### **I. La parole du sorcier**

Un sorcier est une personne qui pratique la sorcellerie. La sorcellerie désigne souvent la pratique d'une certaine forme de magie, dans laquelle le sorcier ou la sorcière travaille avec les énergies globales, que ce soit celles des plantes, des cycles lunaires, des saisons ou même des entités. La sorcellerie désigne donc tout ce qui est considéré comme surnaturel sans appartenir à la religion officielle.

Le mot sorcier ou sorcière remonte à un latin populaire "sortarius", proprement « diseur de sorts », dérivé de *sors* et désignant primitivement un procédé de divination. De ce point de vue, le sorcier est un jeteur de sort, recourant à la magie.

Le continent africain connaît un large éventail de pratiques et de représentations secrètes. Le sorcier peut être "spécialiste" d'un domaine, telle la communication avec les esprits, généralement l'esprit de défunts et là, on parle plus volontiers de mage ou de voyant, ou l'animation d'êtres morts ou l'évocation des morts, ici le sorcier sera appelé nécromancien<sup>21</sup>. Le sorcier est aussi parfois associé au chaman, qui est un spécialiste de la communication avec les puissances de la nature et les défunts.

Si l'Afrique dispose d'un large éventail de sorciers en fonction dans divers domaines, qu'en est-il, en particulier, des sociétés traditionnelles ivoiriennes ? La réponse à cette interrogation va nous amener étudier les

---

<sup>21</sup> La nécromancie, consistant à demander à l'âme d'un mort de révéler l'avenir, est également considérée comme une pratique typique de la sorcellerie. La sorcière biblique d'En-dor l'a pratiquée en faisant apparaître le spectre de Samuel à Saül (1 Samuel 28, 7-15).

divers aspects de la sorcellerie en Côte d'Ivoire, et précisément dans les sociétés Dida, mais aussi les différentes positions concernant la pratique de la sorcellerie.

**A. La typologie de la sorcellerie et ses manifestations dans les sociétés Dida**

Dans les sociétés traditionnelles ivoiriennes, et plus particulièrement les sociétés Dida, mais aussi chez les Bété, le thème central autour duquel s'articule toute l'action du sorcier, c'est le "gou", thème renfermant des phénomènes tels que : « la maladie, le fétiche, la sorcellerie, le poison, le diable, les phénomènes qui dépassent l'entendement, etc.<sup>22</sup> »

En considération de ces phénomènes, le sorcier, en pays Dida, revêt trois aspects : le *gougnon*, celui qui, possédant ou qui est possédé par le "gou" ou l'esprit du mal, passe pour avoir fait un pacte avec le diable, à l'effet d'opérer des maléfices ; le *goublégnon*, personnage habité par l'esprit des divinités et des ancêtres, qui de ce fait, est le diseur d'oracles, l'interprète des dieux, le prophète des sociétés animistes, ou le devin ; le *gnakponognon*, c'est-à-dire le "guérisseur" ou le "tradi-praticien".

Le *gougnon* recouvre revêt lui-même plusieurs aspects selon son degré de nuisance. Il est alors un "*sékignon*", c'est-à-dire un réceptacle des forces du mal, possédé par le "séké", ou la puissance même du diable, s'il n'est pas lui-même le diable incarné. De fait, il peut être : le *gnéignon*, c'est-à-dire le mangeur d'âmes d'hommes ; le *mouziégnon*, le maudit qui ne sait faire que semer la malédiction, la désolation et le malheur ; le *abolégnon*, le mauvais, le méchant, qui n'est heureux que quand tout autour de lui n'est que désolation ; le *akploagnon*, qui fait souffrir.

Influençant le corps ou l'esprit d'autrui, le *gougnon* ou *sékignon* apparaît être une cause crédible de maladie chez l'homme ou l'animal, de malchance, de mort soudaine, d'impuissance ou maux divers dont l'origine paraît inexplicable. De fait, en dehors de "manger" les âmes d'hommes, il peut jeter des sorts maléfiques et répandre la psychose et le chaos dans les communautés locales. Il peut être réellement coupable de crimes diaboliques. Ses pouvoirs surnaturels malfaisants font de lui un personnage redouté.

Le *goublégnon*, marabout dans la religion musulmane, komean chez les Akan, est requis pour répondre aux besoins de la communauté dans divers domaines de la vie, notamment, pour prédire l'avenir, expliquer des phénomènes qui dépassent l'entendement humain, détecter la maladie, identifier le coupable d'un méfait, qui peut même être un sorcier malfaisant à l'origine du mal, afin de s'en défendre ou d'en défaire l'enchantement, et remédier au sortilège, etc.

---

<sup>22</sup> L. G. BAGBO, *Sur les traces des Bétés*, Editions PUCI, Abidjan, 2002, p. 26.

Enfin, le *gnakponognon* (de *gnakpo*, médicament, remède) est un personnage ayant des notions de médecine, un savoir qui, dans les sociétés traditionnelles, est lié au surnaturel. Désigné par le terme "guérisseur" ou "tradi-praticien", le *gnakponognon* est celui qui diagnostique et soigne les maux causés par la magie, conjure le mauvais sort et offre la protection nécessaire. C'est cet aspect du sorcier qui donne de lui l'image du bienfaiteur, du protecteur dans une famille ou dans la communauté.

Notons que le terme de guérisseur a souvent fait l'objet de surinterprétation pour devenir celui qui soigne en ayant recours à la magie. C'est ainsi qu'est attribué au guérisseur l'exercice de la "magie curative". Conception totalement erronée en principe. Car le guérisseur, c'est celui qui combat la magie pour guérir les maux causés par elle.

Au regard de ces aspects du sorcier, plusieurs thèses étayaient souvent la position des auteurs sur la pratique de la sorcellerie.

### ***B. La sorcellerie en perspective***

Deux principales thèses opposent les auteurs sur la pratique de la sorcellerie : la thèse de la sorcellerie volontaire et celle de la sorcellerie involontaire.

Pour la première thèse, celle de la sorcellerie volontaire, le sorcier est une personne qui dispose librement de ses pouvoirs et qui travaille essentiellement avec sa volonté. Ce serait alors volontairement que le sorcier se met sous l'égide du diable et des démons, et fait appel à des forces du monde de l'invisible telles que les mauvais génies afin de lancer ses sortilèges. Dans sa thèse d'Etat, le docteur Gale relevait à juste titre le point de vue Ramalanjaona selon lequel les sorciers « sont avant tout des psychologues qui travaillent avec la force de la volonté [...] Par la force de sa volonté, le sorcier actionne ce qu'on appelle "l'astral commun" pour perturber "l'astral individuel visé" »<sup>23</sup>. Il en découle que le principe sorcier ne se déclenche pas tout seul, il ne se met en action qu'avec une volonté humaine. C'est d'ailleurs ce qui conduit les tenants de cette thèse à soutenir que la pratique de la sorcellerie est consciente. En effet, pour eux, le sorcier n'est pas contraint d'exercer son pouvoir. Il est libre de l'exercer ou d'y renoncer.

Pourtant, cet auteur écrit : « Evidemment, le sorcier ignore profondément la force à laquelle il fait appel ; en observant de telles conditions, il obtient de

---

<sup>23</sup> J. RAMALANJAONA, *La sorcellerie*, Penant, 1967, p. 45, cité par G. J.-P. GALE, *Le Droit face à la sorcellerie en Côte d'Ivoire*, Thèse d'Etat soutenue à Abidjan, en 2007.

tels effets <sup>24</sup>». L'auteur veut souligner que le sorcier est l'agent qui manipule le principe sorcier qui l'habite. Mais, s'il ignore cette force, comment peut-il alors la maîtriser ? Est-il vraiment l'agent qui manipule cette force ? Ou est-ce cette force qui le manipule ?

L'histoire de Balaam avec le peuple d'Israël<sup>25</sup> est ce qui répond à cette interrogation. Balaam le devin, sollicité pour maudire Israël, en lieu et place de la malédiction, bénit Israël en disant, « Comment maudirais-je celui que Dieu n'a point maudit ? <sup>26</sup> ». N'est-ce pas là la preuve que le sorcier, même s'il dispose librement de sa volonté, n'est pas maître de ses agissements ? Ce qui amène certains auteurs, les tenants de la thèse de la sorcellerie involontaire, à nier la présence d'un élément psychologique ou intentionnel dans la pratique de la sorcellerie.

Selon ces auteurs, le sorcier n'agit pas par lui-même, il est agi par des forces supérieures qui utilisent sa bouche pour porter le message des ancêtres aux vivants. La parole qu'il énonce constitue l'outil dont les dieux le dotent pour atteindre les vivants par leur message. Alfred Schwartz est de ceux qui défendent cette thèse. Il écrit que « Le sorcier ne choisit pas délibérément de nuire à autrui. Il est entraîné malgré lui dans l'engrenage<sup>27</sup> ». Il peut alors être guidé vers le bien ou vers le mal par des énergies et des forces spéciales qui prennent possession de lui et agissent à travers lui. C'est donc à juste titre que « La théorie indigène interprète la sorcellerie comme une force d'origine métaphysique ou d'extension cosmique, apte à développer et détruire la vie<sup>28</sup> ». L'homme habité par le gou est impuissant face à l'influence de la force qui l'habite. Ainsi, le sorcier ne serait-il qu'un instrument à la merci du surnaturel, une " victime des dieux ", ou simplement leur envoyé ou mieux leur employé. L'on est même tenté de dire que le sorcier est une prise d'otage.

Ainsi, au nom et pour le compte des forces métaphysique qui le possèdent, le sorcier sème désordre et chaos parmi ses semblables. Dans ce sens, Louis André Dakoury-Tabley soulignait que « "Gou", c'est

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> La Sainte Bible, Nombres, les chapitres 22, 23 et 24.

<sup>26</sup> Nombres 23, 8.

<sup>27</sup> Alfred SCHWARTZ, *La vie quotidienne dans un village guéré*, Abidjan, INADES, 1975, p. 139 ; cité par GALE, thèse précitée, p. 145.

<sup>28</sup> MEMEL-FOTE, *Enquête sur la sorcellerie chez les Adjoukrou : question de méthode*, cité par GALE, thèse précitée, p. 143.

l'impuissance de l'homme... devant les phénomènes de la nature. Ainsi dit, "gou" exprime le désarroi. ...<sup>29</sup> ».

Volontaire ou involontaire, c'est dans la trame de ses manifestations qu'il faut saisir le phénomène de la sorcellerie, source de réel désarroi. Un tel désarroi bouleverse au quotidien l'ordre social dans les sociétés traditionnelles Dida. Elles subissent le phénomène jusqu'à ce jour inexplicable de la sorcellerie maléfique, cause de morts précoces et parfois tragiques.

Dans le cadre de notre étude, nous avons donné la parole à quelques enquêtés<sup>30</sup> qui nous ont relaté les récits pathétiques de morts tragiques : mort de personnes victimes de la sorcellerie. Relatons d'abord celles dont nous avons été témoins oculaires.

Dans le foyer de Sessegnon Oupo, il ne se passait pas d'année où un nouvel enfant, hors foyer ne débarquait au point où il a même fait trois enfants avec sa doubéhi, dans cette société Dida, on ne couche pas avec cette amie complice. La femme au foyer, sorcière de son état, après plusieurs interpellations de son mari, rendit Oupo impuissant pour que dit-elle, personne n'en profite désormais.

*1. Mort Gnahoua Ledjou de Zatoboua, ... la sous-préfecture de Gagore<sup>31</sup>, en pays Dida*

Adjudant de police de son état, Gnahoua Ledjou entreprend de bâtir une villa dans son village natal malgré les avertissements incessants de ses amis lui rappelant le pacte qui aurait été conclu, interdisant aux cadres de construire une maison sinon au péril de leur vie. Le premier incident intervient lorsque son oncle lui demande les tôles devant servir à couvrir la maison pour, d'abord, dit-il, finir la sienne. Un jour, alors que tout le village le croyait à son poste à Daloa, vers quatre heures du matin, on entend des cris agonisant de l'adjudant dans la maison de l'oncle, consumant sous les flammes d'un incendie insolite : tout brûle ; sauf le lit et le caleçon de la victime alors même que ses parties intimes sont calcinées. Les secours, trop tard venus, essaient de l'envoyer au centre hospitalier le plus proche mais la victime perd la vie en chemin.

Du retour du village, des déclarations et les faits inédits se produisent : suite à des aveux concordants des coupables, certains sont surpris en pleine journée dans des actes inqualifiables notamment, un de ses oncles déféquant dans le salon de la maison inachevée ; un de ses amis intimes accusé à tort

---

<sup>29</sup> L. A. DAKOURY-TABLEY, *Fonctionnement des pouvoirs dans la société bété précoloniale*, Mémoire de Maîtrise, Université de Paris I, 1980, p. 89, cité par L. GBAGBO dans *Sur les traces des Bétés*, p. 26.

<sup>30</sup> Entretien avec le nommé Dogbolé Lébré LIGA, en octobre 2017

<sup>31</sup> Gagore est une subdivision de l'ancienne sous-préfecture de Zikisso.

## La parole du medium, un type particulier de chef non redevable

par un autre, abandonné depuis son ascension, est poussé la mort par empoisonnement en raison des accusations trop graves ; les plus peureux prennent la fuite. Son sac en bandoulière dans lequel il se trouvait la somme de quatre cent mille devant servir à acheter les nouvelles tôles est retrouvé au campement de l'oncle vidé de son contenu, et marqué par des talismans éloquents.

Au jour de l'enterrement, la plupart de ses oncles impliqués dans le crime ont déserté le village et la victime est enterrée en majorité par ses frères utérins et ses collègues avec des rituels à vengeance. La décennie qui a suivi est très éloquente sur la suite de la vie du village : un à un, un par un, les victimaires coupables passent de vie au trépas avec un même et unique indice ; la nuit précédente, le fantôme de Lédjou parcourt le village avec son sifflet pour sonner la fin de vie du coupable suivant et la parole s'accomplit instantanément au point aucun des coupables cités n'a pu conserver la vie à ce jour. Mais le plus invraisemblable des phénomènes est que le coupable principal, mourra, du fait de la loi selon laquelle « celui qui tue par l'épée meurt par l'épée », connue par les ex-collègues de l'adjudant de police.

### *2. Mort d'un jeune de Digako dans cette sous-préfecture de Gagore*

Aux dires de notre interlocuteur, le coupable était la propre mère. Elle procéda à un transfert de l'âme du jeune homme dans un poulet qu'elle offrit à l'oncle de l'enfant, frère de son père. Le corps resté sans âme devait cesser de vivre dès que le poulet était tué. Il n'y avait donc plus de vie possible pour ce jeune homme. Mais il fallait que tout cela ait un sens rationnel, il fallait que cette mort puisse avoir une origine matérielle. Dans cette hypothèse, la plupart du temps, la mort intervient à travers la sphère d'activité de la victime. En l'espèce, la victime était chauffeur de "taxi-moto", cette activité qui s'est développée un peu partout en Côte d'Ivoire, depuis la crise sociopolitique de 2011 qui a secoué le pays. La stratégie trouvée a donc été qu'il meurt au cours d'un accident de la circulation. Dès lors, le jeune homme fut percuté par un grumier qui lui écrasa la tête. Phénomène étonnant, aucune goutte de sang ne jaillit de sa tête alors même que la cervelle avait été expulsée de sa cavité. Selon notre interlocuteur, le jeune homme avait déjà été vidé de son sang depuis le jour où son âme a été "mangée", avant que n'intervienne la mort physique.

Quelques jours après cette mort tragique, troublé par l'esprit du mort, le chef de la confrérie, qui avait eu la charge de prendre la vie du jeune homme, convoqua la communauté villageoise et passa aux aveux, et désigna certains complices qui prirent la fuite et quittèrent le village. Une autre procédure de désignation des coupables aura lieu le jour de l'enterrement : le port du corps. Notons que cette procédure, connue presque partout en Afrique, a eu cours en

Europe médiévale sous plusieurs variantes, dont la cruentation<sup>32</sup>, c'est-à-dire des hémorragies cadavériques dénonciatrices de crimes impunis. Cette pratique eut cours dans le droit positif français jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Pascal Texier (Université de Limoges, OMIJ (IAJ)), « Corps en procès, quelques questions sur la cruentation », <https://hal-unilim.archives-ouvertes.fr>, mise en ligne le 2 février 2018

<sup>33</sup> La pratique de l'attouchement des plaies du cadavre en cas de mort violente, par assassinat notamment. Eclairage sur le thème apporté par le professeur Thierry Hamon, Université Rennes 1, lors du colloque international du CAHDIIP des 3 au 5 décembre 2018, à Bouaké en Côte d'Ivoire. Cette contribution du professeur Thierry Hamon montre que la pratique est bien attestée dans toute l'Europe médiévale et constitue l'une des étapes de la répression des crimes. V. Henri Platelle, « La voix du sang. Le cadavre qui saigne en présence de son meurtrier », Acte du 99<sup>e</sup> Congrès des sociétés savantes, Besançon (1974), publication du comité des travaux historiques et scientifiques, section de philosophie et histoire, T. 1, Paris 1977, p. 161-179, repris dans *Présence de l'au-delà : une vision médiévale du monde*, Lille, 2004, p. 13-28. Dans cet article traitant de la cruentation, Henri Platelle montre comment la confrontation du cadavre de la victime avec son assassin supposé qu'il désigne par l'effusion de son sang a pu être utile en tant que mécanisme probatoire dans les procès au Moyen-âge. En effet, dépourvue d'autres preuves, la justice recourait à cet expédient, notamment en cas de crime resté secret ou d'existence d'une pluralité possible d'acteurs. Trois étapes structurent ce protocole. Dans un premier temps, il s'agit d'établir le contact en appelant à haute voix la victime par son nom. Cette manière de procéder se retrouve aussi bien dans d'autres rituels provoquant la mise en contact du monde matériel et humain avec celui des esprits ... Il ne s'agit pas seulement de nouer la relation entre deux mondes, mais d'établir une responsabilité. Pendant qu'on l'appelle par son nom, il semble qu'il faille en faire le tour, l'enjamber ou passer dessous, sans le toucher. Puis dans un second temps, il doit effleurer les plaies, sans y enfoncer les doigts afin de ne pas provoquer d'épanchements sanguins mécaniques. Les deux étapes suivantes pourraient être analysées comme une sorte de corps à corps progressif renvoyant au mode opératoire de l'agression. Ce triptyque rappelle, en effet, la manière dont les rixes sont décrites dans la littérature contemporaine ou les lettres de rémission. Presque toutes débutent par une phase orale d'injures ou de provocation, suivie d'un corps à corps précédant les coups mortels. De fait, une fois le responsable déterminé, il faut organiser la vindicte suivant des processus spécifiques permettant de distinguer la violence vindicatoire de celle de droit commun. En France, un arrêt de règlement du Parlement de Bretagne recommandait aux juges inférieurs, chargés de constater les homicides, de « présenter les cadavres des victimes aux prévenus et se faire toucher » (C. PLESSIX-BRUISSET, *Le*

D'autres coupables furent désignés ce jour par le biais du port du corps de la victime. Pour échapper à la vindicte qui allait s'en suivre, les coupables désignés prirent la fuite automatiquement. L'un d'entre eux, surpris dans sa maison, fut battu jusqu'à ce que mort s'en suive. La gendarmerie envoyée par le préfet de Lakota pour aider au maintien de l'ordre s'est montrée impuissante face à ce phénomène. Elle a été molestée par le cercueil, et a quitté le village en fuyant pour solliciter l'intervention du préfet. Il est remarquable de relever, ici, l'impuissance du droit positif devant le droit traditionnel, la défaite du droit formel devant le droit réel.

Ces phénomènes se produisent en se succédant dans tout le Ziki, si fréquemment que l'on est tenté d'opter pour la thèse de la sorcellerie volontaire et consciente. Car, en effet, si l'auteur d'un tel crime est vraiment habité et mu par des puissances irrésistibles, pourquoi se dénoncerait-il lui-même ? Dans ce cas, quel crédit accorder à ce qu'il dit ? Ses propos l'engagent-ils ?

L'aveu, en tant que preuve cardinale, dissipe tout doute sur la culpabilité de l'être physique qui parle. Les forces immatérielles qui l'habitent ne sauraient faire l'objet de condamnation. En conséquence, quoiqu'il ait été

---

*criminel devant ses juges en Bretagne aux 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècles*, Paris 1988, p. 265). Quoi qu'il en soit, il n'était pas nécessaire que les hémorragies dénonciatrices se situent au niveau des plaies et parfois, un simple saignement de nez suffisait pour constituer un indice ; mais il est évident que si le sang s'écoule des blessures, sa signification au sein d'une procédure juridique n'en était que plus évidente. Dans les pays d'influence germanique, l'épreuve avait souvent lieu publiquement : le corps meurtri était exhibé sur une place publique et parfois dénudé<sup>33</sup> afin que les blessures puissent être vues de tous. « Quand, malgré les informations, un assassin restait inconnu, et qu'on voulait tenter de le découvrir par cette épreuve, on mettait le corps nu de l'assassiné sur un cercueil, et tous ceux qu'on soupçonnait d'avoir une part à l'assassinat, étaient obligés d'approcher et de toucher le mort l'un après l'autre ». « Suite des ordalies des anciens Allemands », *Journal étranger*, août 1758, p. 218-238. Notons que la participation du mort à la découverte de son assassin peut prendre plusieurs formes qui n'impliquent pas toutes l'effusion du sang. Il y avait toute une série de situations dans lesquelles le cadavre est mobilisé pour la désignation du coupable. Toutefois, le sang joue un rôle très précis dans l'ancien droit pénal, notamment en matière de qualification, puisque c'est justement l'épanchement sanguin qui sert de critère permettant d'isoler les violences graves susceptibles d'enclencher une répression publique. Le sang est traditionnellement considéré au Moyen-âge comme le siège de l'âme et de la vie (voir Lévitique 17, 11-12). Le répandre est donc doublement condamnable au regard de ses conséquences spirituelles et vitales.

guidé dans ses actions par ce qui l'habite et le mène à sa guise, l'auteur physique est celui qui paie en lieu et place des puissances supérieures qui l'influencent. Dès lors, quand bien même se défendrait-il avec toute l'énergie possible, il ne serait pas disculpé. L'aveu, aux yeux du commun des mortels, est une preuve probatoire, indiscutable et inattaquable. Il établit de façon incontestable la culpabilité du présumé sorcier. Dans une telle situation, on oublie la thèse de la sorcellerie involontaire qui permettrait de retenir qu'il existe un coupable réel que n'est pas la personne agie.

Dès lors, nous cessons de croire, en cas de tragédie comme celle portée à notre connaissance, en la responsabilité desdites forces. Nous retiendrons toujours la culpabilité de la personne utilisée quand bien même les forces maléfiques revendiqueraient l'acte punissable. De fait, et en droit africain, c'est moins la personne agissante qui est sanctionnée mais l'esprit qui s'est servi de lui en l'actionnant, les supplices qu'il subit visent à extirper de son corps l'esprit malfaisant. Il est le responsable physique de l'acte odieux mais pas redevable à la justice traditionnelle. Que vaut, dès lors, la parole du médium pris dans sa dimension de *goublégnon*, c'est-à-dire, en tant que diseur d'oracles, interprète des dieux, devin ou prophète ?

## **II. La parole du prophète**

Le prophète, c'est celui qui dit parler au nom d'une divinité. Le mot prophète vient du grec *prophètes*, de *pro*, avant, ou devant, et *phêmi*, dire. « Prophète » peut donc désigner, soit celui qui dit avant, dans le sens de prédire, soit celui qui dit devant, c'est-à-dire qui déclare hautement et publiquement, dans le sens de professer. Dans la langue courante, le prophète est l'homme qui éclaire ses semblables, celui par lequel la divinité transmet sa volonté, celui qui, extatique ou non, explique les oracles, qui interprète une doctrine ou qui possède un don de seconde vue et qui annonce l'avenir. Le prophète est, à proprement dit, l'annonciateur et le voyant.

Les prophètes se considèrent comme possesseurs de dons exceptionnels et agissent comme les agents d'une puissance invisible et surhumaine qui les qualifie pour orienter le reste de l'humanité. Tous opèrent dans un monde invisible où, selon les avertissements de Paul et de Jean, tout esprit n'est pas l'Esprit du Seigneur<sup>34</sup>. Sont-ils donc illusionnés ? Inspirés ? Sous possession divine ou démoniaque ?

Cette interrogation nous conduit à distinguer d'une part, les prophètes des religions animistes, c'est-à-dire le *goublégnon* ou le devin, et d'autre part, les prophètes des religions dites révélées.

---

<sup>34</sup> 2 Thessaloniens 2, 2 ; 1 Tim 4, 1-3 ; 1 Jean 4, 1.

**A. La parole du sorcier dans sa dimension de goblégon**

Toute la puissance de la parole du sorcier réside en réalité dans la foi ou la croyance dans les effets produits par la seule énonciation de certains mots ou de certaines formules. Bourdieu montre que l'efficacité d'un énoncé dépend aussi des conditions sociales dans lesquelles il est produit. En conséquence, pour avoir toute sa force et toute son efficacité, la parole magique, celle qui ensorcelle, doit être proférée dans des conditions qui donnent à l'émetteur toute la légitimité à y recourir<sup>35</sup>. C'est pourquoi, avant de parler, le sorcier doit avoir été investi de l'autorité de ses mandants pour émettre les mots qui agiront. Autrement, il serait voué à l'échec<sup>36</sup>. Dans les sociétés à masques, par exemple, les masques parlent au nom et pour le compte des forces immatérielles mandantes –les divinités, les ancêtres– et leur parole paraît légitime aux yeux des destinataires du message.

Les circonstances dans lesquelles le sorcier communique –état d'extase, d'enthousiasme, d'exaltation nerveuse– sont ce qui confirme son onction ou son sacre en tant qu'instrument des dieux, revêtu d'une autorité surnaturelle, et fonde la croyance de la communauté en son action. Ces circonstances s'observent souvent au cours de rites ou de pratiques dangereuses pour le commun des mortels, et sont accompagnées notamment de formules incantatoires. Cette croyance collective est une force sociale et culturelle très puissante d'où le sorcier tire toute sa crédibilité.

Cependant, il est important de le souligner, « l'être agi », dans ses moments d'extase, s'exprime à travers un discours incohérent. Il n'utilise pas des mots et des phrases ordinaires. Il parle une langue qui, le plus souvent, ne peut être comprise, et qui doit être interprétée pour être accessible, autrement, elle ne voudrait rien dire. En effet, son message, tel un code, s'adresse à un public averti. Seuls les initiés peuvent en saisir toute la teneur. Ainsi, pour être comprise, la parole du sorcier doit être replacée dans son contexte véritable. Ce qu'illustre tout à fait aisément l'œuvre d'Amadou Kone, intitulée *Le respect des morts*<sup>37</sup>.

Dans cet ouvrage, Amadou Kone relate l'histoire d'un village akan qui sollicita l'aide des génies protecteurs pour empêcher la construction d'un barrage, afin que le village soit « plongé à jamais dans le monde du silence ». Le "komean", c'est-à-dire le diseur d'oracle, et le chef se rendirent seuls dans le domaine des dieux protecteurs pour les interroger. Le "komean", en tant qu'intermédiaire des dieux, transmet les instructions reçues au chef qui, à son

---

<sup>35</sup> Pierre BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, 2001, p. 163-165.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Amadou KONE, *Le respect des morts*, Collection Monde Noir, Editions Hatier International, 2002, 125 p.

tour, se chargea de les répercuter sur le village. Et tout le village consentit à offrir aux génies protecteurs le sacrifice d'un enfant tel qu'exigé. Le "komean", pour attester du caractère indubitable de ses paroles, dit « Non, les morts ne sont pas morts, ils existent. Je leur parle, moi. Ils existent partout et veillent sur nous. Ils nous aident à aller fort. Ils nous aident à résoudre nos problèmes, à vaincre. Et c'est pour cela qu'il faut faire le sacrifice<sup>38</sup> ».

Le sacrifice humain, exigé par les "dieux" comme antidote au projet de développement initié par l'État, eut lieu. Cependant, il n'eut pas l'effet recherché : le projet de construction du barrage n'a pas été empêché et le village fut obligé de se déplacer et s'installer sur un nouveau site. Même les morts, dont la proposition d'exhumation était considérée comme un grand sacrilège, furent exhumés et le cimetière relocalisé. Pour justifier cet échec, le diseur d'oracles prétextua que le sacrifice de l'enfant n'avait pas été exaucé. Car leur volonté ayant été discutée, les génies n'avaient pas accepté l'hostie.

Il y a là un paradoxe qui plonge le lecteur dans du flou. Si le diseur d'oracles interprète les paroles des dieux et les déclare véritables, infaillibles, qui interprète les siennes ? Qui peut-il certifier qu'il a vraiment reçu des dieux une parole, une instruction ? Et qu'est-ce qui atteste de l'infaillibilité de ce qu'il dit avoir reçu ? Ne serait-ce pas un abus de la part de ces intermédiaires<sup>39</sup> qui disent traduire les propos des génies protecteurs<sup>40</sup> ? Ne sommes-nous pas ici, en face de pratiques qui tendent à tenir les mentalités prisonnières et assouvir en toute impunité la soif spirituelle de ces diseurs d'oracles ? Mais quand pourra-t-on obtenir une réponse convenable, voire concevable, à ces interrogations dans cette Afrique faite de mystères ?

### ***B. Les prophètes révélés***

La révélation est, pour une religion monothéiste, la connaissance qu'elle affirme détenir directement de son Dieu. Les manifestations divines par

---

<sup>38</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>39</sup> N'est-ce pas cet abus que souligne N'Douba lorsqu'il dit : « ... Nous remarquons seulement que dans certains cas, ils (les morts et les dieux) favorisent la domination des anciens maîtres » ? (p. 42).

<sup>40</sup> « Le sorcier traduisit : « Les génies des eaux demandent un sacrifice, un holocauste. Ils exigent qu'un jeune enfant au corps tendre, à la voix candide, un jeune enfant aux yeux limpides leur soit offert. Alors seulement ils aideront » (p. 28). Cette tradition est typique des peuples Akan. François d'Assise N'Dah, dans *Le sublime sacrifice*, relate également l'histoire d'un royaume Akan qui, face à son destin, obligea sa reine à accepter le sacrifice de son fils censé exigé par les dieux : « L'esprit du fleuve demande un grand sacrifice (une vie humaine) [...] pour entrer dans l'histoire, il faut être capable de donner ce qu'on a de précieux. Qu'est-ce que la vie d'un enfant à côté de celle de tout un peuple ? » (p. 86-87).

lesquelles cette connaissance est parvenue aux hommes sont tantôt des apparitions –théophanies– tantôt la transmission à des prophètes de textes considérés sacrés<sup>41</sup> dans lesquels les croyants trouvent la parole de Dieu et l'inspiration de leurs actions en ce monde. Ils y adhèrent par la confiance en cette parole. Une religion révélée implique donc des actions du Ciel qui se révèlent et une réponse de l'homme qui fait confiance.

Les religions révélées sont les trois grands monothéismes qui sont, par ordre d'apparition dans l'histoire, le judaïsme, le christianisme et l'islam. Toutes les trois affirment nettement qu'il n'y a qu'un Dieu. Leur filiation est évidente, elles se réfèrent toutes à Abraham, « le père des croyants », chef de la tribu sémite qui nomadisa au Moyen-Orient, entre l'Iraq et l'Égypte actuels, vers le XIX<sup>e</sup> siècle avant notre ère. D'où leur appellation commune de religions abrahamiques.

Elles se caractérisent par leur mode d'arrivée sur terre : elles ne sont pas passées par l'imagination humaine toutes seules, mais par un messenger qui parle : Moïse pour le judaïsme, Jésus pour christianisme, Mahomet pour l'islam.

Pour ce qui concerne la première religion révélée, le judaïsme, la Bible dit qu'à la montagne de Dieu, à Horeb, Dieu se révéla à Moïse, dans une flamme de feu, au milieu d'un buisson, pour le charger d'une mission de délivrance de son peuple opprimé en Égypte<sup>42</sup>. Puis, plus tard, sur le Mont Sinaï, Moïse, reçut les tables de la loi, marque de l'alliance de Dieu avec son peuple. Ce fut le début du judaïsme, religion révélée à Moïse et développée par les prophètes fidèles à son enseignement. La longue histoire de ce peuple guidé vers Dieu par ses prophètes a conduit à l'apparition du Messie, l'envoyé de Dieu pour sauver l'humanité toute entière. Les chrétiens l'ont reconnu en la personne de Jésus-Christ. Ainsi naquit le christianisme. Quant à l'islam, il naquit avec Mahomet, le dernier prophète de Dieu, celui qui reçut le dernier message de Dieu pour l'humanité par l'intermédiaire de l'ange Gabriel. Les révélations lui seraient parvenues sous forme d'un livre saint, le Coran.

Ces religions ont en commun ceci : leurs prophètes soutiennent qu'ils ne sont pas venus dans le monde d'eux-mêmes, et, de fait, n'agissent pas d'eux-mêmes, ne parlent pas d'eux-mêmes. Moïse, sur le Mont Sinaï, recevait de Dieu les instructions, et il mettait devant les anciens et devant le peuple, « toutes ces paroles comme l'Éternel le lui avait ordonné »<sup>43</sup>. Même les lois

---

<sup>41</sup> Les textes sacrés : la Torah pour les Juifs, la Bible pour les chrétiens, le Coran pour les musulmans.

<sup>42</sup> Exode 3, 1-10.

<sup>43</sup> Exode 19, 3-7.

communément appelées, « lois mosaïques », sont, selon les Ecritures, écrites du doigt de Dieu lui-même<sup>44</sup>.

Jésus a dit qu'il est descendu du ciel pour faire, non pas sa volonté, mais la volonté de celui qui l'a envoyé<sup>45</sup>, c'est-à-dire Dieu. Ainsi, disait-il, « Ma doctrine n'est pas de moi, mais de celui qui m'a envoyé. Si quelqu'un veut faire sa volonté, il connaîtra si ma doctrine est de Dieu, ou si je parle de mon propre chef »<sup>46</sup>. Et en plusieurs endroits des Ecritures, il souligne qu'il fait ce que le Père lui a commandé de faire, qu'il livre les paroles que le Père lui ordonne de livrer. L'Islam affirme que le Coran a été révélé mot pour mot et lettre pour lettre par Dieu lui-même. Les musulmans le considèrent alors comme la révélation parfaite de Dieu à l'humanité, valable jusqu'au jour de la Résurrection<sup>47</sup>.

*Rôèh* ou *nâbî*<sup>48</sup>, ou encore appelés de différentes autres façons<sup>49</sup>, le prophète, dans la religion judaïque est un envoyé, un homme mis à part pour entreprendre au sein du peuple la croisade divine. Il est « rempli de force, de l'Esprit de l'Eternel » pour porter un commandement divin dont il ne peut rien retrancher, et au sujet duquel il ne peut transiger avec personne. Son désintéressement dans l'accomplissement de la charge qu'il a reçue d'en haut est poussé jusqu'au mépris de sa propre vie. Ainsi, subjugué par la possession divine, mû par la puissance d'en haut, pris tout entier par sa consigne, il parle, indifférent aux conséquences que son message peut avoir pour lui-même. Siècle après siècle, sa vocation s'étendra jusqu'à faire de lui le « prophète des nations »<sup>50</sup>, chargé par Dieu de dire ce que tout homme a besoin de savoir. Dès lors, sa religion n'est pas un culte, une doctrine, une observance. Elle est une possession sacrée. C'est Dieu qui l'inspire, lui montre ses desseins et le mène.

---

<sup>44</sup> Exode 31, 18 : « Lorsque l'Eternel eut achevé de parler à Moïse sur le Mont Sinai, il lui donna les deux tablettes du témoignage, tables de pierre écrites du doigt de Dieu ».

<sup>45</sup> Jean 6, 38.

<sup>46</sup> Jean 7, les versets 16 et 17.

<sup>47</sup> <https://googleweblight.com>

<sup>48</sup> *Rôèh*, le voyant ; *Nâbî*, le porte-parole de Dieu. Source : Dictionnaire Biblique Westphal, <https://www.levangile.com/Dictionnaire-Biblique/Definition-Westphal-4250-Prophete.htm>.

<sup>49</sup> Homme de Dieu (1 Samuel 2, 27 ; 1 Samuel 9, 6 ; 1 Rois 12, 22 ; 2 Rois 4, 16 ; 21, 25, etc.). Gardien ou sentinelle (Ésaïe 21, 11-12 ; Ésaïe 52, 8 ; 56, 10 ; Ésaïe 6, 6 ; Jérémie 6, 17 ; Ézéchiel 3, 17 ; Ézéchiel 33, 7 ; Habakuk 2, 1 et suivants ; etc.). Serviteur de Dieu (Ésaïe 20, 3 ; Jérémie 25, 4 ; Jérémie 26, 5 ; Ésaïe 44, 26 a ; etc.). Messager ou envoyé de Dieu (Ésaïe 42, 19 ; Ésaïe 44, 26 b ; Aggée 1, 13 ; Malachie 3, 1, etc.). Homme de l'Esprit (ich harouakh) : Osée 9, 7.

<sup>50</sup> Jérémie 1, 10.

Le *rôèh*, en tant qu'homme de l'Esprit –*ich harouakh*– était consulté par les gens quand ils avaient besoin en tous domaines de ses lumières. C'est ainsi que le jeune Saül alla trouver Samuel le prophète, pour découvrir la direction prise par les ânesses de son père, qui s'étaient égarées<sup>51</sup>. Dieu trouva ses premiers hérauts parmi les hommes plus particulièrement accessibles aux émotions psychiques et spontanément tournés vers le divin. Leur vie morale, leurs méditations religieuses, leur désintéressement, leur amour de Dieu et des malheureux, leur faim et leur soif de justice, leur foi dans la victoire finale de Dieu les prédisposaient à lire dans les desseins de Dieu et à lui servir de mandataires. Et Dieu, qui connaît le cœur de l'homme et qui s'en sert, les marqua pour son service. En effet, comme il ressort du Dictionnaire Biblique Westphal précité, « Aucun ne se propose ; ils sont tous pris de force. Dans une crise qui décide de leur destinée, Dieu les arrache à leurs occupations et les jette tout frémissants dans son combat... A l'origine de leur activité une vocation, vocation contre laquelle ils ont parfois essayé de regimber, mais en vain »<sup>52</sup>. Nous insisterons sur les particularités biographiques, avec les visions et les appels divins, de quelques prophètes judaïques, dont nous maîtrisons le mieux l'histoire, pour faire ressortir l'unité du témoignage qui les caractérisa au cours des siècles.

Moïse, le premier de tous, l'initiateur du judaïsme, est enlevé à son troupeau dans le désert de Madian<sup>53</sup>. Dans les flammes du buisson qui brûle sans se consumer, il entend l'oracle de Dieu : « Maintenant, va, je t'enverrai auprès de Pharaon, et tu feras sortir d'Egypte mon peuple, les enfants d'Israël »<sup>54</sup> ! Et Moïse de répondre : « Qui suis-je, pour aller vers Pharaon, et pour faire sortir d'Egypte les enfants d'Israël ? »<sup>55</sup>. Moïse, trouvant cette mission au-dessus de ses forces, dit encore, « Ah ! Seigneur, je ne suis pas un homme qui ait la parole facile, et ce n'est ni d'hier ni d'avant-hier, ni même depuis que tu parles à ton serviteur ; car j'ai la bouche et la langue

---

<sup>51</sup> 1 Samuel 9, 6 : « Il y a dans cette ville un homme de Dieu, c'est un homme considéré ; tout ce qu'il dit ne manque pas d'arriver. Allons-y donc ; peut-être nous fera-t-il connaître le chemin que nous devons prendre ». Entendre la voix de Dieu la bouche des prophètes était ancré dans l'histoire d'Israël. Dès lors, le peuple et le roi restaient perdus quand il n'y avait pas de prophète pour les éclairer. Ainsi, Saül réveilla-t-il l'esprit de Samuel par l'intermédiaire d'une nécromancienne (1 Samuel 28, 7-15). NB : Les Arabes, dans la religion islamique, ont leur *kâhin*, leur devin.

<sup>52</sup> Dictionnaire Biblique Westphal, précité.

<sup>53</sup> Exode 3, 1-11.

<sup>54</sup> Exode 3, 10.

<sup>55</sup> Exode 3, 11.

embarrassées...Ah ! Seigneur, envoie qui tu voudras envoyer »<sup>56</sup>. Mais en vain s'est-il débattu.

Samuel, avant même d'avoir eu conscience du danger que l'infidélité fait courir à son peuple et d'avoir jeté son regard d'enfant dans l'abîme d'impiété où les fils d'Eli mettaient en perdition le culte de Béthel, entendit l'appel de Dieu et répondit : « Parle, Seigneur, ton serviteur écoute »<sup>57</sup>. Élie, en Galaad, reconnut la voix de l'Éternel qui lui donna un ordre en disant : « Pars d'ici, dirige-toi vers l'Orient ... »<sup>58</sup>. Et Elie partit à travers le pays brûlé par la sécheresse où nul ne pouvait pourvoir à sa subsistance, et préludait par des actes de foi au ministère aventureux et héroïque qui fit de lui le prophète du désert, l'homme au manteau de poil. Ainsi, « Pareil à l'orage soudain qui féconde et dévaste, Élie paraît, disparaît, frappe le pays de stérilité, restaure la religion judaïque trahie par Achab, et ne peut trouver de repos pour son âme que loin du temple et des sanctuaires, sur la montagne de Dieu, l'aride sommet de l'Horeb où le judaïsme a été promulgué »<sup>59</sup>.

Jérémie, avant d'entrer dans sa carrière de martyr, s'est, comme Moïse, débattu contre l'appel divin, se défendant en ces termes : « Seigneur Éternel ! Voici, je ne sais point parler, car je suis un enfant »<sup>60</sup>. Ce fut peine inutile. Dieu lui dit : « Avant que je t'ai formé dans le ventre de ta mère, je te connaissais, et avant que tu sois sorti de son sein, je t'avais consacré, je t'avais établi prophète des nations [...] Voici, je mets ma parole dans ta bouche. Regarde, je t'établis... pour que tu arraches et que tu abattes, pour que tu ruines et que tu détruises, pour que tu bâtisses et que tu plantes »<sup>61</sup>. Jérémie finit par comprendre l'impossibilité d'échapper à l'emprise, de se soustraire à l'obligation. Il dut, dès lors, se résigner, et plus tard, dit à Dieu : « Tu m'as persuadé, Éternel, et je me suis laissé persuader ; Tu m'as saisi, tu m'as vaincu. [...] Si je dis : je ne ferai plus mention de lui, je ne parlerai plus en son nom, il y a dans mon cœur comme un feu dévorant qui est renfermé dans mes os. Je m'efforce de le contenir, et je ne le puis »<sup>62</sup>.

Ézéchiël devient le pasteur des exilés à la suite de visions divines à traits apocalyptiques. La main de l'Éternel fut sur lui<sup>63</sup> qui lui ôta toute disposition de lui-même, l'Esprit de l'Éternel qui entra en lui le mit tout entier à la

---

<sup>56</sup> Exode 4, 10-13.

<sup>57</sup> 1 Samuel 3, 10.

<sup>58</sup> 1 Rois 17, 2.

<sup>59</sup> *Dictionnaire Biblique Westphal*, précité (Par ailleurs, voir 1 Rois 17 et Rois 19).

<sup>60</sup> Jérémie 1, 6.

<sup>61</sup> Jérémie 1, 5 ; 9-10.

<sup>62</sup> Jérémie 20, 7-9.

<sup>63</sup> Ezéchiël 1, 1-28.

disposition de Dieu. Ainsi, fut-il envoyé vers les enfants d'Israël<sup>64</sup> et établi sentinelle sur la maison d'Israël<sup>65</sup>.

Cependant, nous voyons que, dans l'histoire du prophétisme en Israël, les prophètes hébreux étaient organisés en confréries<sup>66</sup> comme les prophètes de Phénicie<sup>67</sup>. Et particulièrement la biographie de Samuel nous apprend que ceux-ci, comme les autres, s'abandonnaient à la contagion du délire sacré provoqué par la musique, le songe et des gestes désordonnés<sup>68</sup>, et parfois par l'usage de boissons enivrantes<sup>69</sup>, qui sont des pratiques et des phénomènes qui, selon le *Dictionnaire Biblique Westphal* précité, ont accompagné partout dans l'Orient ancien les scènes de l'exaltation collective et de l'hallucination extatique ayant sur le système nerveux de l'homme une influence exercée par les excitations grégaires.

Ainsi, l'histoire des premiers grands prophètes qui vinrent après Moïse la montre-t-elle liés à des confréries de prophètes qui se rapprochent, par leurs mœurs, à la fois des communautés esséniennes<sup>70</sup> et des corporations de derviches tourneurs<sup>71</sup>. En effet, dès le temps de Samuel, ces confréries de

---

<sup>64</sup> Ezéchiel 2, 1-5.

<sup>65</sup> Ezéchiel 3, 17.

<sup>66</sup> 1 Samuel 10, 5 et 10 (la troupe de prophètes de Guibéa) ; 2 Rois 2, 3 (les fils des prophètes de Béthel) ; 2 Rois 2, 5 (les fils des prophètes de Jéricho) ; 2 Rois 2, 7 (cinquante hommes d'entre les fils des prophètes du bord du Jourdain) ; 2 Rois 4, 38 (les fils des prophètes de Guilgal) ; 2 Rois 6, 1 (les fils des prophètes qui étaient avec Elisée quand il fit surnager le fer de hache).

<sup>67</sup> Allusion faite aux prophètes de Baal et d'Astarté (1 Rois 18,19 ; 2 Rois 10, 19).

<sup>68</sup> 1 Samuel 10, 5-6. Il ressort du verset 10 que, lorsque la troupe des prophètes vint à la rencontre de Saül à Guibéa, il fut saisi par la contagion : « l'Esprit de Dieu le saisit, et il prophétisa au milieu d'eux ». Dans une autre circonstance, Saül fut encore conduit par l'excitation du délire prophétique jusqu'à l'entière prostration physique, et accomplissant des gestes totalement inconscients (1 Samuel 19, 23-24).

<sup>69</sup> Esaïe 28, 7 : « Mais eux aussi, ils chancellent dans le vin, et les boissons fortes leur donnent des vertiges ; sacrificateurs et chancellent dans les boissons fortes, ils sont dominés par le vin, ils ont des vertiges à cause des boissons fortes ; ils chancellent en prophétisant, ils vacillent en rendant la justice ».

<sup>70</sup> Selon les historiens, archéologues et théologiens qui ont étudié les manuscrits de la Mer morte découverts aux abords du monastère de Qumrân, en Israël, les esséniens étaient une communauté monastique très stricte, considérée aujourd'hui comme ayant formé une secte du judaïsme, dans la période du second Temple qui a prospéré à partir du 2<sup>e</sup> siècle avant J.C. Il s'agissait d'un regroupement d'ascètes, de moines, d'ermites vivant retirés du monde dans le désert de Judée sur le bord de la Mer morte, volontairement pauvres. [googleweblight.com](http://googleweblight.com).

<sup>71</sup> Les derviches sont des hommes de foi de confession musulmane d'origine soufie. Les derviches tourneurs doivent leur nom à leurs étranges prières dansantes : la danse des derviches tourneurs consiste à tourner sur soi-même jusqu'à atteindre un état de

vaticinateurs paraissaient fortement organisées. Samuel, Élie, Élisée, tout en étant des chefs d'écoles, étaient des maîtres de confréries qu'ils tenaient étroitement sous leur autorité.

Samuel dirigeait une troupe de prophètes à Guibéa<sup>72</sup> ainsi qu'une assemblée de prophètes à Najoth<sup>73</sup>. Notons, selon le Dictionnaire Biblique Westphal précité, qu'« il est probable que Samuel, en entrant en rapports avec les bandes de prophètes et en se mettant à leur tête, a eu pour but de les maîtriser et d'orienter leur inspiration vers le judaïsme ». Quant à Elisée, les fils de prophètes de Jéricho se mirent à son service<sup>74</sup>. Il était aussi à la tête de ceux de Guilgal<sup>75</sup>, ainsi que bien d'autres en Israël<sup>76</sup>.

Le double caractère de l'activité de ces prophètes de transition –hommes des confréries et hommes de Dieu– explique qu'ils aient inspiré dans le peuple et à la cour la crainte et la considération<sup>77</sup>. Leur présence était respectée, ils étaient honorés<sup>78</sup>, leur parole était obéie<sup>79</sup>, elle était considérée comme venant de Dieu lui-même. Ainsi, par eux l'Eternel était-il consulté<sup>80</sup>, car Dieu ne laissait pas tomber à terre la parole de ses serviteurs, les prophètes<sup>81</sup>, plutôt confirmait-il tout ce qu'ils prédisaient<sup>82</sup>. Aussi, tout ce qu'ils disaient arrivait-il.

Cependant, malgré cette valeur imprimée par Dieu lui-même aux paroles des prophètes, il ne faut pas perdre de vue, et nous venons de le mentionner, que le prophétisme hébreu eut son origine historique dans les confréries. Les confréries étaient très répandues en Syrie et en Asie Mineure, où l'on se livrait aux danses extatiques, à la musique rythmée et aux excitations de la mantique. De ce fait, les prophètes faisaient, parfois, l'objet de mépris et de

---

transe. Elle s'accompagne de la musique de quelques instruments et de chants, et a pour objectif d'élever la spiritualité de l'être humain jusqu'à la perfection.  
<https://www.le-voyage-autrement.com>

<sup>72</sup> 1 Samuel 10, 5.

<sup>73</sup> 1 Samuel 19, 20.

<sup>74</sup> 2 Rois 2, 16-17.

<sup>75</sup> 2 Rois 4 3, 8 ; 2 Rois 6, 1.

<sup>76</sup> 2 Rois 9, 1.

<sup>77</sup> 2 Rois 2, 15; 2 Rois 6, 16-22 ; etc.

<sup>78</sup> 2 Rois 1, 13-14 ; 2 Rois 2, 15 ; 2 Rois 4, 27 ; 2 Rois 4, 37.

<sup>79</sup> 1 Rois 17, 10-15.

<sup>80</sup> 2 Rois 8, 7-10.

<sup>81</sup> 1 Samuel 3, 19 : « Samuel grandissait. L'Eternel était avec lui, et il ne laissa tomber à terre aucune de ses paroles ».

<sup>82</sup> Esaïe 44, 26 : « Je confirme la parole de mon serviteur, et j'accomplis ce que prédisent mes envoyés ». Ainsi, constatons-nous la force performative de la parole d'Élie (1 Rois 17, 1 ; 1 Rois 18, 36-38).

moquerie<sup>83</sup> de la part du peuple et même des rois. Ainsi, le proverbe : « Saül est-il aussi parmi les prophètes ?<sup>84</sup> » était une raillerie qui signifiait certainement à l'origine : « le roi aurait-il des attaches avec les exaltés ? Est-il admissible qu'il se commette avec des gens sans retenue ni qualité ? » Le mépris dont les prophètes de Dieu étaient l'objet était également dû aux prédications flatteuses d'autres genres de vaticinateurs à qui le nom prophète était aussi attribué. Notons qu'en effet, dans la Bible, le terme « prophète » est attribué à divers genres de vaticinateurs autres que les représentants de la Révélation : aux hommes qui représentaient les cultes de Baal et d'Astarté au temps d'Achab<sup>85</sup>, mais aussi et surtout à des diseurs d'oracles dont les prédictions nationalistes, flattaient le peuple et les rois, et endormaient les consciences.

Le *Dictionnaire Biblique Westphal* souligne que l'antique Orient méditerranéen, qui servit de berceau à Israël, fourmillait de diseurs d'oracles, d'interprètes des songes, de gens à seconde vue, de mages, de devins, d'illuminés et d'extatiques, qui donnaient des conseils aux rois ou qui cherchaient à répondre aux besoins mystiques que la religion rituelle d'État ne pouvait satisfaire, des gens qui s'adonnaient à la divination. C'était des troupes de prophètes qui héritèrent des dons et des procédés des anciens voyants ou magiciens et qui passaient pour avoir des pouvoirs occultes sur la nature et sur les personnes, et qui se tenant volontiers à la cour des rois, vivaient plus ou moins à leur solde. Ces confréries étaient généralement en conflit avec les porte-parole authentiques de Dieu, qu'ils bravaient en flattant l'orgueil de la cour d'où ils tiraient leurs principaux moyens d'existence<sup>86</sup>. C'est ainsi qu'Amos tenait à faire savoir qu'il n'avait rien de commun avec le prophétisme courant. Ainsi, au prêtre de Béthel qui, le croyant semblable aux autres, lui dit : « Homme à visions, va-t'en, fuis dans le pays de Juda ; manges-y ton pain, et là tu prophétiseras »<sup>87</sup>, il répondit fièrement : « Je ne suis ni prophète, ni fils de prophète ; mais je suis berger et je cultive des sycomores »<sup>88</sup>. Ses successeurs, lorsqu'ils fulminaient contre le peuple infidèle égaré par ses rois et leurs conseillers, disaient tout uniment : « Les

---

<sup>83</sup> 2 Rois 2, 23 ; 2 Rois 9, 11-12; Jérémie 20, 7-8 : « ... Et je suis chaque jour, un objet de raillerie, tout le monde se moque de moi [...] Et la parole de l'Éternel est pour moi un sujet d'opprobre et de risée chaque jour ».

<sup>84</sup> 1 Samuel 10, 11-12 : « ... Qu'est-il arrivé au fils de Kis ? Saül est-il aussi parmi les prophètes ». Voir aussi 1 Samuel 19, 24.

<sup>85</sup> 1 Rois 18 1, 9-40 (les 450 prophètes de Baal et les 400 prophètes d'Astarté) ; 2 Rois 10, 19.

<sup>86</sup> 1 Rois 22, 6 - 8 ; 1 Rois 22, 15-28.

<sup>87</sup> Amos 7, 12.

<sup>88</sup> Amos 7, 14.

prophètes d'Israël » ou « vos prophètes » ou « faux prophètes » ou encore « prophètes de mensonge »<sup>89</sup>, désignant ainsi les confréries de *nebiim* qui s'arrogeaient le droit de parler au nom de l'Éternel et s'improvisaient indûment ses mandataires. Exploiteurs de la crédulité, ils étaient les adversaires les plus irréductibles des messagers de Dieu. Beaucoup de ces voyants en Israël étaient des devins professionnels, pratiquant le charlatanisme et s'adonnant à l'imposture.

Au sein des peuples voisins d'Israël, on trouvait également des prophètes extatiques : l'ammonite Balaam, devin sollicité par Balak, roi de Moab, pour maudire Israël sorti d'Égypte<sup>90</sup>. Celui-ci ne fut pas maître de lui-même lorsqu'il vit Israël. L'Esprit de Dieu fut sur lui, et « Balaam prononça son oracle, et dit : Parole de Balaam, fils de Beor, Parole de l'homme qui a l'œil ouvert, Parole de celui qui entend les paroles de Dieu, De celui qui connaît les desseins du Très-Haut, De celui qui voit la vision du Tout-Puissant, De celui qui se prosterne et dont les yeux s'ouvrent »<sup>91</sup>. Et Balaam bénit Israël au lieu de le maudire.

Le *Dictionnaire Biblique Westphal* rapproche cette forme du prophétisme hébreu des particularités psychophysiologiques constatées chez les derviches tourneurs et hurleurs de l'Asie, les féticheurs d'Afrique, les convulsionnaires<sup>92</sup> observés en diverses périodes de l'histoire d'Europe et, dans les cas morbides, les inspirés cévenols au temps des Camisards<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Jérémie 6, 13 et s. ; Jérémie 23, 1 et 9 et s. ; Jérémie 28, 15 ; Jérémie 29, 8-9 ; Jérémie 29, 31 et surtout Ézéchiel 13 ; Michée 3, 5 ; Matthieu 7, 15 ; Matthieu 24, 4 ; 11, 23-24 ; 1 Tim 4, 1-3 ; 2 Pi, 1 : 16 ; 1 Jean 4, 1-6 ; Apo 19, 20, etc.

<sup>90</sup> Nombres 22, 5-14.

<sup>91</sup> Nombres 24,4 ; Nombres 24, 16.

<sup>92</sup> Le vocable "convulsionnaires" s'est forgé au XVIII<sup>e</sup> siècle, à partir du terme médical de convulsion. En effet, il sert, à l'origine, à désigner collectivement des individus atteints de troubles mentaux qui, lors de trances mystico-religieuses, présentent des convulsions. Le terme est ensuite appliqué dès 1731 à un mouvement politico-religieux né dans le contexte de l'opposition janséniste à la bulle *Unigenitus* et à la répression politique et religieuse des prêtres appelants et des religieuses liés au jansénisme. Les convulsions ont été souvent vues comme une déchéance du jansénisme. A la fois religieuse et scandaleuse, l'"Œuvre des convulsions" a été objet de réprobation et d'interrogation, tout en étant fermement condamnée par l'Église. NB : Le jansénisme est une doctrine théologique à l'origine d'un mouvement religieux qui se développa en réaction à certaines évolutions de l'Église catholique, sans que les jansénistes ne cessent de se considérer comme catholiques. <https://fr.wikipedia.org>

<sup>93</sup> Les Camisards étaient des protestants français de la région de Cévennes ; en France, qui ont mené une insurrection contre les persécutions qui ont suivi la révocation de l'édit de Nantes en 1685. De 1685 à 1700, le petit peuple protestant est lentement

## La parole du medium, un type particulier de chef non redevable

Dans l'histoire du prophétisme, l'Afrique a pu compter sur des hommes comme William Wade Harris (1860-1929), évangéliste d'ethnie glebo du Liberia<sup>94</sup>, qui s'établit dans le Sud-ouest de la Côte d'Ivoire, dans le cercle de Grand Lahou.

Au cours de son incarcération en 1912, William Wade Harris dit avoir reçu des apparitions d'un ange qui lui apporta le message selon lequel il était le prophète des derniers temps.

De ses mots propres, en réponse aux questions qui lui étaient posées quant à la source de son autorité, il tint le discours suivant : « Jésus-Christ m'a dit : "Allez et enseignez toutes les nations, les baptisant au nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit, et leur enseignant à garder tout ce que je vous ai commandé". Donc je vais et je baptise. Je serai comme Elie qui a fait brûler tous les prêtres de Baal – Je vais convertir tous les peuples de la terre<sup>95</sup> ». Se disant, à cet effet, investi de l'Esprit de Dieu, il déclara : « L'Esprit qui est en moi est l'Esprit qui est descendu à la Pentecôte. C'est l'Esprit qui fait parler en langues [...] Moi aussi je parle à Dieu en langues – Ce sont des mystères que les hommes ne comprennent pas<sup>96</sup> ».

William Wade Harris, comme tous les prophètes révélés, se considérait comme possesseur de dons exceptionnels et agissait comme l'agent d'une puissance invisible et surhumaine qui l'avait qualifié pour orienter le reste de l'humanité. C'était un prophète inspiré. De fait, avec William Wade Harris, nous retenons qu'il n'existe pas en Afrique que des illuminés et des

---

passé de la résignation à la révolte. Tous ses pasteurs ayant été exécutés ou mis en fuite, ce groupe est resté sans leaders. La place des pasteurs est alors prise par des inspirés, des prophètes sans formation qui appellent parfois ouvertement à la révolte violente. La révolte fut d'abord alimentée par un "réveil religieux" alimenté par les prophéties des inspirés, puis menée par des chefs sans grande éducation. [hugoparis.over-blog.com/2016/04/06](http://hugoparis.over-blog.com/2016/04/06)

<sup>94</sup> Né de parents de culte animiste, William Wade Harris croyait déjà en quelque chose, en une force vitale qui anime les êtres vivants : des objets, des éléments naturels comme les pierres ou le vent, ainsi qu'en des génies protecteurs agissant sur le monde tangible, de manière bénéfique ou non. Envoyé à l'école méthodiste épiscopaliennne présidée par le révérend Jesse Lavry, Harris apprend à lire la Bible et rompt avec l'animisme de ses parents. Il évolue auprès de colonisateurs britanniques, et épouse leur civilisation, jusqu'à prendre une part active dans un coup d'Etat contre le régime libérien au profit de la Grande Bretagne, le coup d'Etat de 1909. Quand ce coup d'Etat échoue en février 1909, William Wade Harris est arrêté et incarcéré pour trahison. Pendant son incarcération, il se mit à prêcher avec vigueur contre le régime libérien.

<sup>95</sup> <http://www.persee.fr>

<sup>96</sup> BN III, 7. (Les cahiers de notes manuscrites de Pierre Benoît). Le texte du cahier BN III est une synthèse en français des notes des cahiers BN I et BN II.

extatiques qui s'adonnent à la divination ou encore aux mensonges. Sa doctrine, fondée sur la parole de Dieu, a consisté à abandonner la pratique de la sorcellerie et les cultes rendus aux fétiches, à croire en la vérité du Dieu unique contenue dans la Bible et en sa force contenue dans la croix de Jésus-Christ.

Cependant, l'on comprend difficilement pourquoi le harrisme après William Wade a été perverti. Le harrisme d'aujourd'hui ne parle pratiquement pas de Jésus qui avait oint son leader. Ce sont plutôt les nombreux souvenirs des gestes et paroles du prophète qui tiennent aujourd'hui lieu de Nouveau Testament. Comment expliquer une telle démarcation ? Peut-être parce que William Wade Harris aurait, comme l'a rapporté Pierre Benoît<sup>97</sup>, enseigné à ses fidèles à ne rester fidèles qu'à lui seul.

\*  
\* \*

Sorcier, devin ou prophète, les médiums ont tous une parole commune, une parole qui n'engage pas : ils ne se sont pas choisis eux-mêmes, n'agissent pas d'eux-mêmes et ne parlent pas par eux-mêmes. La responsabilité de leurs actes ne leur est pas attribuée, chefs qu'ils sont. Qu'il soit marabout ou prophète, féticheur, sorcier ou interprète des dieux, ils détiennent leur pouvoir du surnaturel. Ce qui explique l'emprise du divin sur la race humaine et la persistance dans l'histoire des religions de mystères.

Cependant, il est impossible de prouver que le divin soit vraiment tributaire des actions posées par un victimeur, un devin ou un prophète. Et l'on ne saurait non plus attester de l'infaillibilité de la parole d'un médium. Dès lors, on ne saurait s'accorder sur la culpabilité de forces immatérielles qui amènent le victimeur à agir pour disculper l'être physique utilisé. L'irrationnel n'étant pas accessible à tous, la parole contraire d'un auteur apparent ne saurait le disculper aux yeux de la société. Car si, dans sa dimension mystique, le chef médium se voit utilisé par des forces supérieures pour produire divers actes, comment prouver qu'il ne s'agit pas d'actes volontaires sous le couvert d'une possession spirituelle ? La question restera toujours posée. En définitive, ce sont les attitudes des autorités coloniales et postcoloniales vis-à-vis de ces phénomènes qui nous éclairent sur la responsabilité du médium.

---

<sup>97</sup> En septembre 1926 au pasteur méthodiste Pierre Benoît qui souhaitait que les fidèles de Harris rejoignent l'Eglise méthodiste, il aurait dit : « Personne ne doit se joindre à l'Eglise catholique romaine s'il désire me rester fidèle », [www.catholique.bf](http://www.catholique.bf)

## **LES IMPASSES DU CODE DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE DU MALI RELATIVES AU MARIAGE POLYGAMIQUE**

**Mamadou B. Dembélé,  
docteur en droit privé, enseignant-chercheur à la Faculté de droit privé  
de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako**

Le législateur malien, dès les premières heures de l'indépendance, se dotait d'un Code de mariage et de la tutelle<sup>1</sup>, lequel se particularisait par deux règles fondamentales : d'une part, celle portant abrogation des us et coutumes locaux<sup>2</sup> qui régissaient les différentes ethnies avant l'indépendance ; d'autre part, celle exigeant l'existence du consentement comme condition *sine qua non* de validité du mariage<sup>3</sup>. Si l'abrogation des us et coutumes se justifiait par le souci d'unification du droit de la famille, l'exigence du consentement comme condition du mariage permettait de mettre fin au mariage forcé<sup>4</sup>, une

---

<sup>1</sup> Loi n° 62-17 AN-RM du 3 février 1962 du Code de mariage et de la tutelle. Ce Code a été adopté juste deux ans environ après l'accession du Mali à l'indépendance. Le législateur par la loi n° 2011-87 AN/RM du 30 Décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille a procédé à une codification du droit de la famille, après plusieurs tentatives. V° notre article intitulé « Réflexion du droit malien des successions », in *Revue Juridique et Politique des Etats Francophones*, n° 3, 2016, p. 64.

<sup>2</sup> L'article 45 al. 6 du CMT dispose que : « Les époux ne peuvent stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes ou statuts locaux qui régissaient les diverses ethnies maliennes et qui sont abrogées par le présent Code. »

<sup>3</sup> L'article 10 de la loi n° 63-19 AN-RM du 25 janvier 1963 portant modification de la loi n° 62-17 AN-RM du 3 février 1962 portant du Code de mariage et de la tutelle.

<sup>4</sup> Trois formes de mariage sont généralement admises en droit coutumier : le mariage par fiançailles, le mariage par enlèvement et le mariage par succession. La forme ancienne de la première s'appelait « mariage par échange » par lequel un chef de famille choisissait une fille dans un autre clan ou dans une autre famille, en échange d'une des siennes. Les difficultés pratiques ce mariage a laissé place au mariage par fiançailles par lequel en lieu et place d'un échange de filles, une dot est payée. Le mariage par enlèvement est un procédé par lequel, un homme avec le consentement d'une fille ou souvent sans le consentement de celle-ci contourne les circuits normaux du mariage, l'enlève et part vivre avec cette dernière pendant un bon moment puis par la suite entame les procédures normales du mariage. Lorsque cette forme de mariage

pratique constante de l'époque. En effet, le choix législatif qui soumettait la validité du mariage à un consentement valablement exprimé des futurs époux se fondait sur trois raisons essentielles : d'abord, le mariage modifie la condition juridique des parties, pour cela, il doit reposer fondamentalement sur l'engagement volontaire des futurs époux ; ensuite, le mariage forcé demeurait une violation de la Constitution du 22 septembre 1960 qui s'était inscrit dans un processus de protection des droits fondamentaux<sup>5</sup> ; enfin, l'exigence du consentement pour la validité de tout mariage permettait de limiter les tensions dans les foyers qui peuvent souvent prendre des formes exacerbées.

La volonté de chaque époux doit être valablement exprimée<sup>6</sup>, à défaut ce mariage encourt la nullité<sup>7</sup>. Celle-ci résulte de l'inobservation d'une des conditions de fond ou de forme imposées pour la validité du contrat en général et celui du mariage en particulier<sup>8</sup>. Le Code des personnes et de la

---

intervient sans le consentement de la fille, celle-ci est séquestrée dans un endroit tenu secret. Les procédures normales sont généralement entamées lorsque la séquestrée tombe enceinte. Donc, il y a l'enlèvement par force et l'enlèvement par séduction. Le mariage par succession ou encore la pratique du lévirat qui consiste pour le frère du *de cujus* d'épouser la veuve de son frère. V° A. et M°P. KONARE, *La problématique du mariage coutumier en milieu bamanan : cas de la commune rurale de Djédougou-Torodo*, Mémoire de maîtrise, Faculté des sciences juridiques et politiques de Bamako, septembre 2009, pp 7 à 12.

<sup>5</sup> La Constitution du 22 septembre 1960 constitue la première loi fondamentale du Mali. Elle a eu le mérite de mettre en exergue les droits fondamentaux inhérents à l'être humain. Dans cette Constitution on retrouve les références relatives à l'égalité et la non-discrimination, la protection des droits de la femme, l'indépendance de la justice, etc.

<sup>6</sup> Le consentement exigé par le législateur concerne à la fois le garçon et la fille. Dans l'un ou l'autre cas, le choix peut être imposé par la famille et généralement, celle de la fille.

<sup>7</sup> La Cour suprême distingue la nullité du mariage et le divorce. V° CSM, civ., 7 avril 2008, arrêt n° 76.

<sup>8</sup> La nullité peut être absolue ou relative suivant la nature de la règle violée. Si la norme violée protège un intérêt individuel, la nullité encourue sera relative (article 63 de la loi n° 87-31 AN-RM du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations). Ainsi est frappée de nullité relative les incapacités de protection, les vices de consentement et la lésion. En revanche, lorsque la règle violée protège un intérêt général, la nullité sera absolue (article 62 de la loi précitée). Les cas d'ouverture de la nullité absolue sont entre autres l'absence totale de consentement, l'irrespect de la forme imposée, la cause immorale ou illicite. Ces différentes règles sont issues du droit commun des contrats et doivent être combinées aux spécificités du contrat de mariage. C'est ainsi que des dérogations sont permises par rapport à l'âge minimum requis pour le mariage, aussi bien que le dol qui ne vicie pas le consentement.

famille adopté en 2011, abrogeant les dispositions antérieures contraires n'apporte aucune modification relative à la rédaction opérée par le Code de mariage et de la tutelle. Ainsi, l'engagement volontaire des époux reste la condition substantielle de validité du mariage. Le juge veille à l'application de cette mesure et n'y manque pas de sanctionner sa violation. Cependant, le Code de mariage et de la tutelle qui, *ipso facto*, interdisait aux époux de recourir aux statuts de droits locaux pour régir, de façon générale, leur union, consacre dans plusieurs de ses dispositions des règles coutumières qui régissaient les différentes ethniques avant l'indépendance. Le législateur ne légalise donc pas tous les us et coutumes mais consacre quelques-uns : c'est le cas notamment de la polygamie.

La polygamie comporte une double forme : la polygynie et la polyandrie. La polygynie est un système social dans lequel un seul homme peut simultanément épouser plusieurs femmes. La polyandrie qui offre l'exemple inverse, est une forme d'option matrimoniale autorisant une femme à épouser simultanément plusieurs hommes. La polyandrie comme la polygynie existent en tant qu'institution sociale libre ou légale<sup>9</sup>. Seule la polygynie est autorisée au Mali, qualifiée de « polygamie » par le Code des personnes et de la famille. Cette qualification législative est une erreur sémantique. Peut-être aussi, le législateur a-t-il réduit la polygamie à sa forme socialement admise qu'est la polygynie. Même dans ce cas, c'est une qualification erronée. La polygamie est un contenant ayant pour contenu la polygynie et la polyandrie. La polyandrie est interdite au Mali<sup>10</sup> tout comme la bigamie<sup>11</sup>. En revanche, l'union libre permettant une femme d'avoir plusieurs partenaires est un phénomène qui se perçoit et se développe aujourd'hui au Mali de manière considérable. Si les unions libres sont tolérées, le droit malien sanctionne

---

<sup>9</sup> A. F. AKUESON, « La polyandrie : fait culturel ou choix existentiel ? » in *Revue de philosophie et de sciences humaines*, n° 01-2016, <http://bec.uac.bj/uploads/publication/a78b69fb35d22e630a0d33986bf3d969.pdf> Consulté le 18/04/2018, p. 177.

<sup>10</sup> Article 212 du Code des personnes et de la famille dispose que : « Sera puni d'une amende de 12 000 à 1 200 000 francs et d'un emprisonnement de six mois à trois ans, tout officier de l'état civil qui aura procédé avec connaissance, au second mariage [...] d'une femme engagée dans les liens d'un précédent mariage non encore dissout... »

<sup>11</sup> L'article 230 du Code pénal malien dispose que : « Toute femme qui, étant engagée dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent sera punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 12 000 à 1 200 000 FCFA. Il en sera de même de l'homme monogame qui aura contracté un second mariage ou de celui qui, ayant quatre épouses légitimes, aura contracté une cinquième union. L'officier public qui aura prêté sciemment son ministère à ces mariages sera puni des mêmes peines. »

pénalement l'adultère qui ouvre droit au divorce à l'un quelconque des conjoints<sup>12</sup> mais aussi passible d'une sanction pénale<sup>13</sup>. Pour éviter l'erreur sémantique commise par le législateur malien, nous utilisons le mot approprié la « polygynie ».

La polygynie est admise ou rejetée par les sociétés en raison des considérations sociales, culturelles, religieuses ou politiques. Son admission au Mali s'explique par deux raisons fondamentales : d'une part, il s'agissait d'une pratique antérieurement admise par la coutume et la religion musulmane<sup>14</sup> ; d'autre part, elle serait un moyen d'aménager la coexistence juridique des questions socialement sensibles, permettant ainsi à la population dominante de jouir légalement des règles dérogatoires au principe de l'égalité. Si la coutume n'imposait pas de limitation d'épouses légitimes pour un homme, en revanche, la religion islamique n'autorise que quatre. Le droit musulman conditionne la polygynie<sup>15</sup> à une double exigence fondamentale et cumulative : d'une part, l'impartialité entre les épouses, et d'autre part, la capacité de l'homme à satisfaire les besoins financier, physique et moral de ses conjointes<sup>16</sup>. Le CPF, s'inspirant de la religion musulmane, fixe au maximum à quatre épouses légitimes pour un homme. Le CMT admettait la même règle<sup>17</sup>. Dans le mariage polygynique, chaque épouse constitue un ménage. A ce titre une obligation de traitement équitable des épouses est imposée au mari<sup>18</sup>.

Aborder la polygynie dans une société qui s'identifie aux règles coutumières et religieuses semble être une tâche délicate. Pourtant, le sujet mérite une profonde réflexion, pas fondamentalement à cause de ses

---

<sup>12</sup> Article 352 al. 1 du CPF.

<sup>13</sup> L'article 231 du Code pénal malien dispose que : « L'époux convaincu d'adultère sera puni d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 20 000 à 100 000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement. Le complice sera puni comme l'époux adultère. »

<sup>14</sup> La population malienne est fortement caractérisée par une majorité de confession musulmane. D'après l'opinion publique, la population malienne comporterait environ 90 % de musulmans.

<sup>15</sup> Si le Mali admet la polygamie, sous d'autres cieux, la polygamie reste prohibée sans que cette prohibition résulte d'une religion. V° A. BENABENT, *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien 2010, p. 29.

<sup>16</sup> *Coran*, Sourate 4, verset 3.

<sup>17</sup> Article 7 al. 3 et 4 du Code de mariage et de la tutelle sanctionne d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et une amende de 12 000 à 1 200 000 francs un homme qui a quatre épouses légitimes de contracter une cinquième union. L'article 8 du même Code ajoute ceci : « L'homme qui a quatre épouses légitimes ne peut contracter un nouveau mariage. »

<sup>18</sup> Article 320 du CPF.

conséquences néfastes ou encore des polémiques autour des interprétations des règles qui sous-tendent cette pratique sociale<sup>19</sup>, mais plutôt sous l'angle de la validité du consentement de la femme. Cette analyse ouvre une discussion pas sur la légalité de la polygynie mais plutôt sur sa légitimité. Est légal ce qui est autorisé par la loi, conforme aux textes de loi. Est légitime ce qui est et doit être reconnu comme juste par tous. La légitimité d'une institution permet l'assentiment général et l'obéissance spontanée<sup>20</sup>. La discussion ne porte pas sur l'existence d'instruments juridiques autorisant la polygynie mais plutôt le débat porte sur l'adhésion de la couche féminine à cette institution sociale. Cette situation est de nature à ôter d'une légitimité certaine à la polygynie au Mali.

Il est évident que le législateur malien érige le consentement libre et éclairé comme condition *sine qua non* de la validité du mariage quelle que soit la forme juridique de celui-ci qui peut être d'option monogamique ou polygynique. Lorsqu'un engagement est volontaire, l'exécution des obligations qu'il comporte ne devrait en principe se heurter à aucun obstacle dès l'instant que les termes dudit engagement ne présentent pas d'ambiguïtés. La femme ayant consenti au statut polygynique, aussi paradoxale que cela puisse paraître, s'oppose ou s'opposera à ce que son mari s'engage dans un autre lien matrimonial. Il est alors légitime de s'interroger si un tel consentement avait été exprimé en toute connaissance de cause et librement. L'attitude paradoxale de la femme est une restriction de la légitimité de cette pratique sociale au Mali. Un constat s'impose : *La polygynie se présentant pour la femme comme un carcan dogmatique, limite nécessairement la légitimité de cette institution sociale*. L'engagement de la femme est enveloppé dans un carcan du fait de la pesanteur sociale<sup>21</sup>. Ce carcan dogmatique (I) est de nature à restreindre la légitimité de la polygynie (II).

### **I. L'engagement de la femme à la polygynie : un carcan dogmatique**

La polygynie, une pratique traditionnelle et religieuse a été légalement consacrée pour la première fois en 1962 par le Code de mariage et de la tutelle. L'engagement polygynique peut être pris pendant et après la

---

<sup>19</sup> D'ailleurs l'objectif du présent travail n'est pas d'exposer les conséquences négatives du mariage polygamique ou de s'offrir une interprétation des règles le sous-tendant qui ne seront abordées que de façon circonstancielle c'est-à-dire si les circonstances de l'analyse l'exigent.

<sup>20</sup> V° S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22<sup>ème</sup> édition, 2014, V° Légitimité.

<sup>21</sup> La pesanteur sociale est une attitude de résistance à tout changement spécifique à une société ou d'une couche sociale qui se dit conservateur au regard de l'évolution actuelle de la société sur le plan des mœurs.

célébration, il suffit que la femme y consente<sup>22</sup>. Une analyse approfondie permet d'affirmer que le consentement exprimé par la femme est largement influencé par la pesanteur sociale (A), du coup, la validité de ce consentement est compromise (B).

#### **A. Le consentement influencé par la pesanteur sociale**

Affirmer qu'un choix volontaire constitue une imposition relève d'une incohérence à la limite ridicule. Pourtant, l'affirmation est loin d'être inutile. Une raison tient naturellement au comportement paradoxal de la femme. Celle-ci qui accepte le régime polygynique au moment de la célébration du mariage se met dans une opposition farouche du moment où son mari décide de convoler en d'autres noces. Un tel comportement de la femme mérite une attention particulière. Il doit être sérieusement analysé à l'image du caractère libre de l'engagement. La religion musulmane et la coutume<sup>23</sup> qui sous-tendent ce fait de société comportent en elles les justifications de son imposition à la femme. Ainsi, cet engagement est largement influencé par des facteurs socioculturels (1°) mais aussi par des règles de l'islam (2°)

##### *1. Les facteurs socioculturels de l'acceptation par la femme du statut de la polygynie*

Les raisons fondamentales qui justifient l'engagement de la femme au statut polygynique de mariage tiennent, d'une part, à la perception même du mariage aussi bien que celle de la femme par la société et d'autre part, par la perception de la femme elle-même de son rôle dans la société en général et dans le foyer en particulier<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> L'article 307 al. 2 du CPF affirme que : « Le mariage peut être contracté : - soit sous le régime de la monogamie, auquel cas, les époux ne peuvent contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Toutefois, l'homme ayant opté pour le mariage monogamique, aura la faculté de réviser son option avec le consentement exprès de l'épouse ; - soit sous le régime de la polygamie auquel cas, il faut que la femme y consente, et l'homme ne peut être tenu simultanément dans les liens du mariage avec plus de quatre femmes. »

<sup>23</sup> La coutume au sens du droit coutumier renvoie à une chose qui doit être faite, tandis que l'usage est celle qui se fait communément. J. M. BINET, (Rapport), *La condition matrimoniale dans les pays africains-Mariage, polygamie, dot et fragilité du mariage*. « La coutume est le trait d'union de différenciation des sociétés humaines. » D. ALLAND et S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1<sup>ère</sup> édit., PUF, 2003, p. 317.

<sup>24</sup> La question de la place de la femme dans la société traditionnelle africaine a fait l'objet de beaucoup d'analyses. Plusieurs auteurs négro-africains ont eu, à travers des romans, à décrire la situation des femmes dans les sociétés traditionnelles, c'est le cas

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

Dans la conception générale au Mali, l'honneur et la dignité d'une femme se trouve dans le mariage<sup>25</sup>. Celui-ci permet à l'individu marié d'acquérir *ipso facto* respect et considération par la société<sup>26</sup>. Le célibat de la femme est beaucoup plus mal perçu par la société que celui d'un homme. Pour ce dernier, son célibat peut souvent s'expliquer par une impécuniosité, tandis que celui de la femme serait étroitement lié à certaines croyances qui ne sont, en réalité, que des préjugés. Chez les bambaras par exemple, la femme doit répondre à certains critères tels que sa manière de marcher, de franchir le seuil d'une porte, de ne pas avoir un cou très élancé, etc. Ceux-ci font l'objet d'une observation stricte et sont interprétés par les vieilles personnes. Une femme avec un cou élancé par exemple est en constante observation de la tombe de son mari, donc à éviter pour le mariage. Celui qui aurait marié cette dernière mourra très tôt. Une femme qui, en marchant, les deux pieds s'écartent est à éviter aussi pour le mariage si l'on ne veut pas se retrouver dans une situation d'insolvabilité constante. Ces différentes croyances ne se fondent sur aucune donnée scientifique, ce sont donc des préjugés socialement établis.

Une femme à l'âge de se marier qui ne trouve pas de candidat ou du moins qui échoue à plusieurs tentatives sans pouvoir se marier est perçue par la société comme une femme « porteuse de malheur » dit *téré*<sup>27</sup> en bambara,

---

notamment de « sous l'orage » de Seydou Badian KOUYATE, de « Perpétue ou l'habitude du malheur » de Mongo BETI, ou encore « Xala » de Sembene Ousmane, etc.

<sup>25</sup> L'article 280 du Code des personnes et de la famille définit : « Le mariage comme un acte public, par lequel un homme et une femme, consentent d'établir entre eux une union légale dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont régis par les dispositions du présent livre. » Du point de l'anthropologie le mariage est perçu comme l'union d'une femme et d'un homme de manière à ce que les enfants issus soient reconnus légitimes. P. BONTE, M. IZARD, (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, PUF, 1991, p. 444-447.

<sup>26</sup> L'intérêt de la société malienne à l'égard du mariage fera dire à A. S. Diallo ceci : « Dans la société traditionnelle malienne, le mariage était sacré car il engageait les liens de sang. Et toute chose ayant trait au lien de sang était à protéger pour non seulement l'harmonie de la société, mais aussi pour sa survie. Au-delà de ces liens, le mariage engageait la dignité et l'honneur des deux parties (les familles du mari et de la femme). Or, il est connu de notre société qu'il fallait plutôt mourir que de vivre dans le déshonneur et l'indignité. » <http://www.afribone.com/spip.php?article618> consulté le 19/04/2018.

<sup>27</sup> *Téré* est une sorte de force maléfique intérieure à la femme, caractérisée par des signes qui ont pour conséquence de la maintenir dans le célibat ou autre, tandis que *Kounafé* est la force extérieure maléfique à la femme qui présente pratiquement les mêmes conséquences que le *téré*.

ou possédée par des « mauvais esprits », appelés en bambara *kounafée*. C'est ainsi que des charlatans s'adonnent à toutes sortes de pratiques pour chasser ces « mauvais esprits ». Certains charlatans se sont même spécialisés dans la traque des « mauvais esprits »<sup>28</sup>. Selon cette croyance la possession de la femme par des « mauvais esprits » l'existe du *téré* empêche celle-ci de trouver un mari. La croyance se renforce d'ailleurs dès lors que la femme reste longtemps dans son statut de célibat. Elle fera ainsi l'objet de toute sorte de reproche jusqu'aux idées les plus farfelues. Par exemple, il n'est pas rare d'entendre que des diables entretiennent des relations intimes avec la femme possédée, éliminant du coup de son chemin tout candidat potentiel au mariage ou que le décès de son mari est du à son *téré*.

Un autre facteur vient compliquer la situation de la femme notamment lorsqu'elle a eu un enfant avant le mariage. Systématiquement, cette dernière est considérée par la société comme étant une femme non vertueuse<sup>29</sup>, surtout lorsque le nombre d'enfants dépasse un, la chance d'avoir un mari s'amenuise du jour au lendemain. Généralement, cette femme se trouvant dans sa famille paternelle, fait l'objet de méprises par ses propres frères et

---

<sup>28</sup> Les différentes publicités quotidiennes dans les radios libres un peu partout au Mali et surtout à Bamako témoignent à suffisance l'existence de ces thérapeutes. Ceux-ci s'adonnent à toutes sortes de pratiques pour traquer les mauvais esprits, allant jusqu'à des abus sexuels sur la femme dite « possédée ». Il s'agit d'une réalité quotidienne et une croyance ne datant pas d'aujourd'hui. A tort ou à raison, la femme se trouvant dans cette situation voit sa chance de se marier réduit considérablement. Néanmoins, la médecine conventionnelle, de temps en temps, parvient à démentir cette croyance erronée. Ce qui a été le cas d'une femme « possédée » selon les thérapeutes et qui avait été soumise à diverses épreuves de traitement en vain. Les neurologues ont pu établir qu'il s'agit d'un problème neurologique.

<sup>29</sup> Aujourd'hui, la dépravation des mœurs au Mali est constatable, aucune couche d'âge n'est épargnée des jeunes comme des vieilles personnes. A une époque reculée de l'histoire du Mali, l'intimité hors mariage était considérée comme l'un des crimes les plus graves qu'une personne puisse commettre. Une fille se rendait coupable de tel acte condamne parfois sa propre famille au suicide collectif. Celle-ci ne voit d'autres issues pour corriger cette honte que le suicide collectif. Du côté de l'homme, le slogan est bien connu : « Je ne mange pas le to d'autrui » c'est-à-dire je ne touche pas la femme d'autrui. Le « to » est l'aliment de base, fait à base de mil ou de maïs. Dans la coutume bambara, il n'existe pas de différence entre l'enfant naturel et l'enfant adultérin. L'enfant, dès lors qu'il est issu hors mariage, la société lui réserve une place secondaire, par exemple lors des rencontres officielles du village, il n'a pas droit à la parole. D'ailleurs dans le jargon bambara, l'enfant issu hors mariage s'appelle « niama kan dé » ou « niama dé ». « Niama » signifie le déchet, « kan », dessus et « dé » veut dire enfant, donc la traduction littérale donne ceci : « l'enfant issu sur le déchet » et il est traité comme tel. Surtout si cet enfant est une fille, obtenir un mari demeure délicat.

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

sœurs. A la moindre occasion, son manque de vertu lui est rappelé. Ici, le rapport social entre fille et garçon est très déséquilibré. Un homme, peu importe le nombre d'enfants qu'il a eu avant le mariage, ne trouve aucune difficulté d'avoir une épouse, dès l'instant qu'il peut assurer les besoins financiers de cette dernière. Ce comportement du garçon est souvent même perçu par la société comme étant une fierté. Cependant, si le contraire se produit, la fille aura moins de chance de se marier. La précarité économique renforce cette situation.

Les mutations économiques de la société contemporaine ne demeurent pas sans incident sur l'orientation matrimoniale de la femme. Vivant dans une précarité économique, la femme choisit en priorité, celui qui peut satisfaire ses exigences matérielles et financières. Une autre raison d'imposer l'option polygynique<sup>30</sup>. Dans la pratique, si une femme se trouve dans une situation économique confortable, elle impose souvent le statut monogamique. Même étant déjà mariée, elle n'hésiterait pas à demander le divorce, si son mari venait de convoler en secondes noces. Divorcée, elle n'aura pas du mal à contracter un second mariage. La naissance d'une jolie fille dans une famille très modeste constitue un signe de richesse, car dès qu'elle atteint l'âge de se marier, elle fera l'objet de véritables multiples convoitises par les hommes<sup>31</sup>. Ceci permettra à sa famille d'opter pour le plus offrant. La famille de cette dernière influe considérablement sur son choix, allant souvent jusqu'à imposer à elle un mari.

---

<sup>30</sup> Il est important de souligner que la précarité économique de la femme présente une origine historique et elle est étroitement liée à son rôle dans la société. Ce problème économique touche considérablement la couche féminine que celle des hommes. En effet, La solution contre la précarité économique des femmes au Mali n'intervient qu'après une véritable émancipation de celles-ci. Les politiques publiques convergent dans ce sens même si les résultats escomptés sont souvent difficilement constatables. Ainsi, pour permettre la meilleure représentativité des femmes dans les instances électives et nominatives, la loi n° 2015-52/ AN-RM du 18 décembre 2015 institue les mesures pour promouvoir le genre dans l'accès aux fonctions nominatives et électives. Mais cette loi ne prend en compte n'atteigne qu'une minorité de femmes au Mali.

<sup>31</sup> Le mariage précoce s'explique souvent par la pauvreté, une pratique d'ailleurs attestée par un Rapport du plan international qui constate que : « Dans les pays en développement, une fille est souvent considérée comme un fardeau. Son mariage permet aux parents d'avoir une bouche en moins à nourrir, de s'enrichir et de créer des alliances stratégiques avec une autre famille. » <https://www.plan-international.fr/info/actualites/news/2016-09-23-causes-et-consequences-du-mariage-precoce-et-force> consulté le 19/04/2018

Le divorce, mal perçu par la société malienne<sup>32</sup>, toujours même pas imputable à la femme, met souvent à sa charge les conséquences néfastes. La première conséquence du divorce sur la femme est la difficulté de convoler en secondes noces après la dissolution de la première union. La difficulté s'accroît encore lorsqu'elle a connu deux ménages successifs. Cette situation est due à la perception par la société d'une femme divorcée. Même si le divorce a été prononcé par le tribunal au tort du mari, la société ne voit souvent en elle que de mauvais caractères telles que l'arrogance, l'insoumission au mari, ou encore une femme possédée par des « mauvais esprits ». Difficile pour elle d'être disculpée de ces préjugés sociaux dont elle fait l'objet. Il est à noter que lorsqu'elle fut divorcée, elle regagne la plupart des cas sa famille paternelle. Elle devient du coup un individu méprisé par ses propres siens, n'hésitant pas à sauter sur la première occasion de remariage se présentant à elle. Sa liberté de choix par rapport à l'option polygynique ou monogamique est véritablement réduite à néant.

La femme est « un être de tolérance, de patience, d'obéissance ou encore de résignation ». Dans la langue bambara<sup>33</sup>, la femme est appelée *mouso*. *Mouso* est un dérivé de *mougnouso* qui signifie littéralement « la maison de concession ou de patience ». Techniquement le mot *mougnouso* signifie « supporter toutes les difficultés du foyer ». Une femme est un être au service de son mari. Celui-ci étant le chef de famille, mérite un respect et une soumission de la part de tous les membres de la famille y compris sa femme. Quelques soient les comportements souvent exacerbés des époux, ils doivent être supportés par les épouses. Celles-ci doivent être indulgentes à leur égard pour le bonheur des enfants. Plusieurs adages témoignent cette situation tels que : *Mouso massiri yaka fouroso déyé*<sup>34</sup> signifie que la beauté de la femme se trouve chez son mari ; *Ni mouso mougnouna idébi barika*<sup>35</sup> toute femme

---

<sup>32</sup> L'article 337 du CPF permet désormais aux époux de recourir au divorce par consentement mutuel. Ce qui porte à trois les causes du divorce : par consentement mutuel, pour rupture de la vie commune et pour faute. Le « Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : étude sur le Mali », un document de l'Observatoire des droits humains et de la paix (ODHP) réalisé en 2014 sous la direction de Dr Abraham BENGALY, relève que dans le district de Bamako, 890 jugements de divorce ont été prononcés de 2006 à 2011. Sur cette période, le nombre de divorces va en augmentant de 112 jugements en 2006 à 158 jugements en 2011. Cette statistique dénote à plus d'un titre la banalisation du phénomène du divorce. Si le droit coutumier n'interdisait pas le divorce, néanmoins sa particularité est d'enseigner aux conjoints une culture de vivre ensemble.

<sup>33</sup> En raison de la diversité ethnique, nous limiterons notre analyse du cas bambara qui est l'ethnie majoritaire au Mali.

<sup>34</sup> Sagesse populaire.

<sup>35</sup> *Idem*.

supportant les caprices de son mari verra ses enfants triompher ; *Mouso dambé yé tièlassigui déyé*<sup>36</sup> l'honneur ou la dignité de la femme se trouve dans le mariage. Dans la conception bambara par exemple, le mariage a un caractère sacré, il est fait pour durer et non pour un bout de temps. Selon la croyance populaire au Mali la *baraka* (bénédictio) d'un enfant est profondément liée à l'accomplissement de trois actes : le premier résulte de la soumission sans faille de la mère de l'enfant à son père ; le deuxième est conditionné au respect scrupuleux des deux parents par l'enfant ; et le troisième est formé par les gris-gris des charlatans ou des marabouts. Pour la femme, le mariage est une obsession et le divorce est à éviter le plus possible. La religion musulmane n'améliore pas la situation de la femme sur ce plan.

## 2. La religion musulmane comme une cause d'assentiment de la femme à la polygynie

La polygynie est antérieure à la religion islamique. Elle était pratiquée par les peuples antérieurs à l'islam<sup>37</sup>. La littérature juridique s'accorde majoritairement à affirmer que la polygynie pratiquée en Afrique noire fut essentiellement une affaire des élites jusqu'à l'implantation solide de l'islam<sup>38</sup>. Néanmoins, l'islam a eu le mérite de limiter le nombre de femmes à quatre qu'un homme peut épouser et impose des restrictions à l'optant. La polygynie ne constitue pas « une obligation religieuse », mais plutôt une « autorisation » voire un droit reconnu par Dieu mais soumis à des conditions. La pratique de la polygynie par les musulmans repose sur deux postulats fondamentaux : d'une part, elle est citée dans le Coran<sup>39</sup>, et d'autre part, elle était pratiquée par le Prophète (Paix et Salut sur Lui).

Le premier fondement juridique de la polygynie en islam résulte d'un verset coranique qui affirme ceci : « Si vous craignez d'être injustes envers les orphelines, n'épousez que peu de femmes, deux, trois ou quatre parmi

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> A. M. LAM, « La polygamie : réalités, causes, manifestations et conséquences en Afrique noire depuis l'Égypte ancienne », *ANKH*, n° 16, 2007, [www.ankhonline.com/.../ankh\\_16\\_am\\_lam\\_polygamie%20en%20egypte%20ancienne](http://www.ankhonline.com/.../ankh_16_am_lam_polygamie%20en%20egypte%20ancienne) consulté le 20/04/2018.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 57. V° aussi C. A. DIOP, *L'unité culturelle de l'Afrique noire*, Paris, Présence Africaine, 1959, p. 119-120 ; A. Y. SAWADOGO, *La polygamie en question*, l'Harmattan 2006, 144pages ; P. de VAREILLES SOMMIERES, « La polygamie dans les pays subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques comparatifs et internationaux) », in *Revue européenne des migrations internationales*, Volume 9 – n° 1, 1993.

<sup>39</sup> Le Coran a été révélé au prophète en langue arabe, puis transmis oralement avant d'être consigné par écrit, près de cinquante ans après la mort du prophète.

celles qui vous auront plu. Si vous craignez encore d'être injuste, n'en épousez qu'une seule ou une esclave. Cette conduite vous aidera plus facilement à être justes. Assignez librement à vos femmes leurs dots ; et s'il leur plaît de vous en remettre une partie, jouissez-en commodément et à votre aise »<sup>40</sup>. L'interprétation de cette disposition du Coran ne fait pas l'unanimité entre les *Ulémas*<sup>41</sup>. Selon certains historiens le verset relatif à la polygynie a été révélé au Prophète (PSL) au lendemain d'une guerre meurtrière, la bataille d'*Uhud* qui laissa de nombreuses veuves et orphelines sans ressources. Dans ce contexte, la polygamie visait la protection des femmes et des jeunes filles, laissées sans père ou mari, qui n'auraient eu d'autres choix que de se prostituer pour survivre<sup>42</sup>. En plus, tel que formulé, ce verset insiste sur l'équité de traitement entre les épouses et en fait une condition du mariage polygynique, mais aussi l'obligation de subvenir aux besoins matériels de toutes les épouses. Cette question matérielle semble être renvoyée à l'époux le soin d'apprécier ses capacités financières pour subvenir aux besoins de plusieurs épouses<sup>43</sup>.

La seconde source de légalisation de la polygynie pour les musulmans repose sur l'exemple de la vie du Prophète, la *sunna*, et sur ses dires, les *hadiths*, consignés par ses successeurs. Il est évident que le Prophète constitue pour tout musulman une source d'inspiration. Mais la pratique de la polygynie par le Prophète est placée dans un contexte spécial et nullement comparable à celle des autres hommes et des autres femmes. Le Prophète avait gardé un statut monogamique pendant 25 ans. C'est au décès de son épouse Kadija qu'il a contracté plusieurs unions légitimes atteignant une dizaine d'épouses. La singularité de l'exemple du Prophète s'affirme à travers ses nombreuses d'épouses alors que le Coran n'autorise que quatre, aussi, il était interdit aux épouses du Prophète de se remarier après son décès. Au même moment, il encourageait les veuves et les femmes divorcées à se remarier. Par ailleurs, le prophète interdisait à son gendre Ali d'épouser une autre femme tant que sa fille Fatima, épouse d'Ali est en vie, car disait-il, ce

---

<sup>40</sup> *Coran*, sourate IV, verset 3.

<sup>41</sup> Ouléma ou uléma, pluriel d'alim, désigne les docteurs de la jurisprudence islamique ou, plus généralement, les érudits dans le domaine religieux.

<sup>42</sup> BELAÏD, cité par M.-A. ALLARD, C. PELCHAT et autres, *CSF, Avis, la polygamie au regard du droit des femmes*, Québec 2010, p. 62 et s. [www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf](http://www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf) consulté le 21/04/2018.

<sup>43</sup> CHARFI, M.-A. ALLARD, C. PENCHAT et autres, *CSF, Avis, la polygamie au regard du droit des femmes*, Québec 2010, p. 62 et s. [www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf](http://www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf) consulté le 21/04/2018.

qui ferait de la peine à sa propre fille le heurterait également<sup>44</sup>. L'absence d'une prise en compte par le législateur de la dimension pesanteur sociale compromet la validité du consentement exprimé par la femme.

### ***B. La validité compromise du consentement de la femme***

Le mariage, en tant que contrat, est soumis aux dispositions générales régissant les contrats en général, issu du régime général des obligations (RGO)<sup>45</sup>, et celles qui sont spéciales au mariage, contenues dans le Code des personnes et de la famille. Le consentement, une condition substantielle de validité du mariage, est règlementé à par les articles 283 à 285 du CPF. Les règles relatives au consentement renvoient à deux éléments : l'existence du consentement<sup>46</sup> et son intégrité<sup>47</sup>. La sincérité de l'existence (1°) et l'intégrité du consentement de la femme au mariage polygynique suscite de véritables interrogations (2°).

#### *1. L'existence du consentement de la femme*

Le Code des personnes et de la famille autorise deux modes de célébration du mariage<sup>48</sup>, l'une devant l'officier d'état civil et l'autre devant le ministre du culte<sup>49</sup>. Dans les deux cas, l'autorité doit s'assurer des consentements des futurs époux<sup>50</sup>, sous peine de sanction pénale<sup>51</sup>. En effet,

---

<sup>44</sup> S. Al BUKHARI, M.-A. ALLARD, C. PELCHAT et autres, CSF, *Avis, la polygamie au regard du droit des femmes*, Québec 2010, p. 63 et s. [www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf](http://www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf) consulté le 21/04/2018.

<sup>45</sup> Loi n° 87-31 / AN- RM du 29 Août 1987 fixant le régime général des obligations au Mali.

<sup>46</sup> Article 283 al. 1, précité.

<sup>47</sup> Article 283 al. 2.

<sup>48</sup> L'article 280 al. 2 du Code des personnes et de la famille prévoit que : « Le mariage est célébré devant l'officier d'état civil et le ministre du culte. »

<sup>49</sup> L'admission par le Code des personnes et de la famille de la célébration du mariage par le ministre du culte constitue une innovation. Le Code du mariage et de la tutelle l'interdisait sous peine de sanction pénale, lorsqu'elle a eu lieu avant la célébration devant l'officier d'état civil. A cet effet, l'article 6 du Code du mariage et de la tutelle dispose que : « Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il ait été justifié d'un acte constatant la célébration civile de ce mariage délivré par l'officier de l'état civil, sera puni d'une amende de 5 000 à 30 000 francs. En cas de récidive, il encourra une peine d'emprisonnement qui ne pourra être inférieure à deux mois. »

<sup>50</sup> Article 299 al. 3 du CPF.

<sup>51</sup> Article 287 du CPF : « L'officier de l'état civil qui procédera à la célébration d'un mariage, sans qu'il se soit assuré des consentements encourra un emprisonnement de

le consentement de chaque futur époux est donné oralement et en personne devant l'officier de l'état civil<sup>52</sup>. Le constat de l'existence de ce consentement s'effectue par la signature ou par apposition d'empreintes digitales au pied de l'acte de mariage. Le titre d'époux est lié à la célébration du mariage<sup>53</sup>, bien que l'article 314 du CPF constitue une rédaction maladroite en utilisant l'expression « mariage non célébré ou qui n'a point été célébré »<sup>54</sup>. Un mariage non célébré n'est qu'une union libre non reconnue par la loi, de ce fait, il ne pourrait pas être qualifié de mariage au sens du Code des personnes et de la famille.

Le Code des personnes et de la famille prévoit aussi la situation du futur époux qui ne peut se présenter en personne en cas d'éloignement. L'alinéa 3 de l'article 283 du CPF dispose à cet effet : « Toutefois, en cas d'éloignement, si l'un des futurs époux résidant en dehors du lieu où le mariage doit être célébré ne peut se présenter en personne devant l'officier de l'état civil, la partie ainsi empêchée, peut donner son consentement par un acte dressé par l'officier de l'état civil de sa résidence. » Cet acte est transmis par cette dernière à l'officier de l'état civil chargé de procéder à la célébration du mariage. Le mariage doit être obligatoirement célébré dans ce cas devant un représentant dûment mandaté de l'époux empêché. Ce représentant est tenu de signer ou, à défaut, d'apposer ses empreintes digitales au pied de l'acte de mariage. Ces dispositions du Code des personnes et de la famille s'appliquent au ministre du culte lorsque le mariage est célébré devant lui.

La légalisation de la célébration du mariage devant le ministre du culte est importante pour une double raison : d'une part, il est difficile de voir un malien sans religion<sup>55</sup>, et d'autre part, tous les Maliens font recours au mariage religieux, même au moment où il était interdit de le célébrer avant le

---

six mois au moins et d'un an au plus, et d'une amende de 25 000 à 120 000 francs, ou à l'une de ces deux peines seulement. »

<sup>52</sup> Article 283 al. 3 du CPF.

<sup>53</sup> L'article 315 du CPF : « Nul ne peut se prévaloir du titre d'époux et des effets du mariage, s'il ne peut présenter un acte de mariage dûment établi. »

<sup>54</sup> L'article 314 du CPF dispose que : « Le mariage qui n'a pas été célébré conformément aux conditions de forme prescrites par le présent Code ou qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent ou le ministre du culte, peut être attaqué à tout moment par tous ceux qui y ont intérêt ainsi que par le ministère public, dès lors qu'ils n'en n'ont pas été informés et qu'aucun enfant n'en est issu. »

<sup>55</sup> Dans un rapport de l'Institut national de la statistique du Mali intitulé : *Consommation pauvreté, bien-être des ménages*, il ressort que « L'islam est la religion la plus répandue. Environ 95 % de la population est musulmane, les autres 5 % sont constitués de chrétiens et d'animistes. » [www.instat-mali.org/contenu/eq/ranuel11\\_eq.pdf](http://www.instat-mali.org/contenu/eq/ranuel11_eq.pdf) consulté le 22/04/2018. L'animisme, il faut le signaler, est la religion du terroir.

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

mariage civil. Ainsi, l'officialisation du mariage religieux permet de formaliser une pratique informelle. Si la reconnaissance juridique de l'union célébrée par les ministres de culte est importante, elle engendre aussi de véritables difficultés : d'abord celles liées au respect des dispositions relatives au contrôle de l'existence du consentement ; ensuite, la prolifération des organes de célébration<sup>56</sup> et enfin, la difficile cohabitation entre le culte et le droit étatique. Seules les difficultés relatives au consentement seront examinées.

En effet, la règle qui exigeait la célébration du mariage civil avant les cérémonies du mariage religieux n'était respectée dans la pratique que par l'église. Celle-ci exigeait la présentation de l'acte de mariage dûment établi par l'officier d'état civil avant de procéder à la célébration. Cet acte de mariage doit contenir l'engagement monogamique<sup>57</sup>, faute de quoi, l'église n'en procédera pas à la célébration religieuse. A ce titre, l'Eglise faisait preuve du respect des règles légales de célébration du mariage. Du côté des mosquées, le mariage religieux a été toujours célébré avant le mariage civil, une pratique qui continue encore aujourd'hui. Désormais, consacré par la loi, le mariage célébré devant l'officier d'état civil présente les mêmes valeurs juridiques que celui célébré devant le ministre du culte. La légalisation du mariage religieux devrait permettre au ministre du culte de se conformer aux règles imposées pour la vérification du consentement des parties. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La procédure de la célébration du mariage religieux est quasi-identique à celle du mariage civil<sup>58</sup>. Le Code des personnes et de la famille n'autorise aucune dérogation pour l'expression du consentement des futurs époux qu'en

---

<sup>56</sup> Le Code des personnes et de la famille en désignant le ministre du culte comme un organe compétent à célébrer le mariage à côté de l'officier d'état civil, ne fournit point la liste de ces ministres du culte. Qui peut être un ministre du culte ? Il s'agit de toute personne qui dirige un culte. Dans ce cas, même un féticheur en est un.

<sup>57</sup> Pour des analyses historiques du mariage monogamique chez les chrétiens V° A. DUVILLET, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*. Droit. Université de Bourgogne, 2011. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00697010/document> Consulté le 24/04/2018.

<sup>58</sup> La combinaison des articles 300 et 305 du Code des personnes et de la famille permet de conclure que le mariage célébré par le ministre du culte et celui célébré par l'officier d'état civil présentent les mêmes effets même si au niveau des procédures, une légère différence apparaît. L'article 300 du CPF dispose que : « Le mariage est célébré publiquement par le ministre du culte sous réserve du respect des conditions de fond du mariage et des prohibitions édictées dans le présent titre. » L'article 305 ajoute : « Les droits et devoirs des époux ainsi que la dissolution du mariage célébré devant le ministre du culte sont soumis aux dispositions du titre IV du présent livre. » En réalité, il s'agit des mêmes conséquences de tous les mariages légalement célébrés.

cas d'éloignement. Même dans ce cas, l'époux éloigné géographiquement doit au préalable exprimer son consentement devant l'officier d'état civil de sa résidence. Le CPF prévoit la transmission de cet acte à l'officier devant lequel le mariage devrait avoir lieu. L'époux empêché doit dûment mandater un représentant devant lequel le mariage doit être obligatoirement célébré.

Cependant, la célébration devant le ministre du culte musulman ayant gardé la pratique antérieure, constitue une violation des règles prescrites par le Code des personnes et de la famille. Dans les mosquées, la pratique est d'une simplicité extraordinaire. La comparution des futurs époux à la mosquée, lieu de célébration, n'est pas une obligation. Ce sont les parents ou les représentants des futurs époux qui comparaissent généralement vers 16 heures avec les trousseaux du mariage, sans publication préalable. La prière terminée, les fidèles sont informés de l'existence d'un mariage. L'imam après s'être assuré de la présence des représentants de chaque futur époux, commence par leur poser des questions. Il s'agit de savoir si les familles des futurs époux ont approuvé ledit mariage et si les intéressés sont consentants.

En effet, la vérification du consentement des futurs époux se fait à travers une simple question adressée à leur représentant. Ta fille a-t-elle accepté d'épouser X ? X a-t-il accepté d'épouser ta fille ? Les représentants répondant par oui, le ministre du culte musulman célèbre le mariage, sur ces déclarations verbales, conformément à la religion musulmane et non celui du Code des personnes et de la famille. Le CPF exige en cas d'éloignement d'un futur époux que celui-ci exprime son consentement devant l'officier de l'état civil de sa résidence qui sera ensuite transmis à celui devant lequel le mariage sera célébré. Le Code n'admet une telle règle dérogatoire que si l'époux est empêché. Pour nous l'utilisation par le CPF de l'expression « représentant dûment mandé »<sup>59</sup> est une exigence d'écrit. Si l'officier de l'état civil exige du représentant de l'époux empêché d'exhiber un mandat écrit, en revanche, le ministre du culte se contente de croire aux déclarations verbales des représentants des futurs époux. La question est alors de savoir si le mandat<sup>60</sup> verbal est valable pour des questions liées à la personne de l'individu. Nous estimons qu'en de telle hypothèse et au nom de la sécurité juridique, il faut un écrit, mais la pratique dans les mosquées fournit l'inverse. La mosquée

---

<sup>59</sup> Article 283 al. 6 du CPF.

<sup>60</sup> Selon le lexique des termes juridiques : « acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques. » Le Code civil français prévoit en son article 1984 que « le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. » Il y a lieu de retenir que la réglementation du mandat par le RGO demeure insuffisante.

fonde sa croyance sur le mandat apparent<sup>61</sup>. A supposer que le mandat verbal soit valable, il n'est pas évident que le mandataire se conforme aux termes du mandat. La fragilité du mandat verbal peut donner lieu à des contestations. Néanmoins, si les époux ne contestent pas, le mandat apparent demeure valable.

Le Code des personnes et de la famille exige du ministre du culte de constater la célébration du mariage sur quatre originaux d'imprimé-type devant comporter : les sceaux de l'État, les signes du ministère du culte et les énonciations prévues à l'article 306 du CPF<sup>62</sup>. Les quatre imprimé-type est en réalité l'acte de mariage. Ils sont répartis comme de la manière suivante : le premier original est remis aux époux ; le deuxième est transmis à l'officier de l'état civil du lieu de la célébration dans un délai de quinze jours ; le troisième est transmis au greffe du tribunal civil du ressort<sup>63</sup> ; le quatrième est conservé dans les archives du culte. Dans la pratique cette procédure n'est point respectée. Cette violation de la loi engendre des difficultés relatives à la vérification des conditions de fond et de forme imposées pour la validité du mariage. Il est évident que l'époux qui estime n'avoir jamais consenti à ce mariage, pourra obtenir la nullité pour absence totale de consentement, et dans certains cas, pour vices de consentement.

## 2. *L'intégrité du consentement de la femme*

Pour la validité des conventions, le régime général des obligations et le Code des personnes et de la famille exigent un consentement exprimé en toute connaissance de cause et librement. De façon générale, le RGO admet trois vices de consentement : l'erreur, le dol et la violence<sup>64</sup>. Le mariage en tant que contrat spécial, le Code des personnes et de la famille n'admet que deux vices de consentement : l'erreur et la violence. L'article 283 du CPF dispose en ces termes : « Le consentement n'est point valable s'il a été extorqué par violence ou s'il n'a été donné que par suite d'une erreur sur la

---

<sup>61</sup> La théorie du mandat apparent a été forgée par la jurisprudence française dans le souci de protection des tiers qui ne sont pas toujours en mesure de connaître l'existence et/ou les limites du mandat d'une personne agissant au nom et pour le compte d'une autre. V° F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10<sup>ème</sup> édition Dalloz, 2015.

<sup>62</sup> Article 302 du CPF.

<sup>63</sup> Le Code des personnes et de la famille ne prévoit pas de sanction lorsque les exemplaires des imprimé-types n'ont pas été transmis par le ministre du culte à l'officier de l'état civil et au greffe du tribunal du ressort de la célébration. Le Code impose même un délai de 15 jours pour la transmission à l'officier de l'état civil.

<sup>64</sup> Article 36 du RGO : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par la violence. »

personne. » Lorsqu'il s'agit de recourir à la nullité du mariage pour erreur, les dispositions du Code sont assez restrictives, car seule l'erreur sur la personne est prise en compte. Cette rédaction est assez compréhensible, car en élargissant la nullité pour erreur serait d'intégrer la question de la qualité substantielle. Or celle-ci a donné lieu à beaucoup de polémiques et la notion n'est que relative<sup>65</sup>. Il n'existe pas de conception unanimement acceptable et acceptée de la qualité substantielle. Néanmoins dans le mariage l'idée de qualités essentielles n'est pas totalement exclue, même si elle n'ouvre pas lieu à une nullité du mariage mais plutôt à un divorce. Il s'agit de l'impossibilité pour l'un des époux de satisfaire à ses obligations conjugales<sup>66</sup>. Le Code civil français permet à un époux victime d'une erreur sur les qualités essentielles de la personne de demander la nullité du mariage<sup>67</sup>.

Le Code des personnes et de la famille a passé sous silence la question du dol comme vice de consentement du mariage. Ce qui rappelle la formule de Loysel « dans le mariage, il trompe qui peut »<sup>68</sup>. Mais l'analyse de l'article 352 du CPF laisse planer des doutes quant à la possible admission du dol comme cause d'annulation du mariage. Cet article permet à un époux de demander le divorce pour « manquement à un engagement substantiel »<sup>69</sup>. En réalité, ce doute peut être rapidement levé pour deux raisons fondamentales : d'une part, le manquement à un engagement substantiel est cité parmi les causes de divorce et non celle de nullité du mariage. D'autre part, l'engagement substantiel concerne les obligations indispensables inhérentes au mariage et non une condition de validité du mariage. Si le dol est difficilement admis comme cause de nullité du mariage, il en va différemment pour la violence.

Le consentement d'un époux extorqué par violence ouvre droit à la nullité du mariage. « La violence est une contrainte physique ou morale de nature à faire impression sur une personne raisonnable et l'amener à contracter de crainte à exposer sa personne ou ses biens à un mal considérable et présent »<sup>70</sup>. « N'est pas considérée comme violence, la menace d'user légitimement d'un droit ou la crainte inspirée par le respect des parents sans

---

<sup>65</sup> V° P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7<sup>ème</sup> édition LGDJ 2015, p. 251-253.

<sup>66</sup> Article 348 du Code des personnes et de la famille, préc.

<sup>67</sup> Article 180 al. 2 du Code civil français.

<sup>68</sup> LOYSEL, cité par A. BENABENT, *Droit civil – Droit de la famille*, coll. Domat Droit privé, édition Montchrestien 2010, p. 54.

<sup>69</sup> Il s'agit est une nouvelle cause de divorce pour faute introduite par le Code des personnes et de la famille. V° article 352 du CPF.

<sup>70</sup> Article 39 de la loi n° 87-31 / AN-RM du 29 août 1987, précitée.

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

qu'il y ait eu de contraintes physiques forcées »<sup>71</sup>. La combinaison de ces deux textes permet de dégager deux formes de violence (physique et morale), mais aussi d'exclure du champ d'application de la violence la menace d'user légitimement son droit et la crainte révérencielle. Cette dernière est admise en droit français<sup>72</sup>. En plus, pour qu'il y ait violence, la personne qui en subit doit disposer de ses capacités psychiques ou neuropsychiques. Les mariages précoces<sup>73</sup> sont des défis à la protection d'un consentement libre et éclairé de la jeune fille, tout comme la pesanteur sociale.

Dans les mariages polygyniques, le consentement donné par la femme semble être vicié de violence morale. Comme cela a été précédemment démontré, si la femme consent au statut de la polygynie, c'est parce que la pesanteur sociale l'oblige à agir dans ce sens<sup>74</sup>. Admettre cette violence morale comme vice de consentement pour annuler le mariage, contre qui l'action en nullité pourrait-elle être intentée. La victime est connue, le responsable c'est la pesanteur sociale<sup>75</sup>. A l'état actuel du droit positif, il n'est pas envisageable d'engager une telle action judiciaire, sauf à méditer

---

<sup>71</sup> Article 40 de la loi n° 87-31 / AN-RM du 29 août 1987, précitée.

<sup>72</sup> L'article 180 du Code civil français prévoit en ces termes : « L'exercice d'une contrainte sur les époux, ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. »

<sup>73</sup> Le Code des personnes et de la famille autorise le mariage avant 18 ans pour des motifs légitimes. Dans ce cas, la personne bénéficie une dispense d'âge. Le mariage autorisé à l'âge de moins de 18 ans est une violation de l'article 6 du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des femmes. [www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/protocol\\_rights\\_women\\_africa\\_2003f.pdf](http://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/protocol_rights_women_africa_2003f.pdf) consulté le 30/04/2018.

<sup>74</sup> V° *supra*, p. 5.

<sup>75</sup> En l'état actuel du droit positif malien, une action en justice n'est admise que contre une personne qu'elle soit physique ou morale et seules les personnes sont titulaires du droit d'ester en justice. Mais l'évolution de la société a permis à certains Etats d'accorder la personnalité juridique à des objets. La justice indienne a décidé le 20 mars 2017 que Gange et Yamuna, deux fleuves sacrés sont « des entités vivantes ayant le statut de personne morale. » Pour justifier sa décision, la Haute cour de l'Etat a estimé que « la situation requiert des mesures extraordinaires pour préserver et conserver ces fleuves. » <http://www.rfi.fr/asi-pacifique/20170327-inde-gange-yamuna-fleuves-personnes-vivantes-statut> Consulté le 26/04/2018. En France, une définition nouvelle a été consacrée par le Code civil au sujet des animaux. Désormais, « les animaux sont des êtres doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens. » V° N. ROUX, *Le nouveau statut juridique de l'animal : une idée audacieuse pour une réforme ineffective*. <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/le-nouveau-statut-juridique-de-lanimal-une-idee-audacieuse-pour-une-reforme-ineffective/> consulté le 26/04/2018.

sur une réforme de la législation. En attendant, une telle réforme, la légitimité de la polygynie demeure limitée.

## **II. La polygynie : une institution sociale d'une légitimité limitée**

Légitime pour certains et légale pour tous, la pratique de la polygynie est de plus en plus critiquée au Mali par celles-là (femmes) même dont le consentement est indispensable pour la validité du statut. Une véritable controverse s'instaure autour de cette institution sociale (A), une situation qui entraîne la difficile mise en œuvre de la législation (B).

### **A. Une législation controversée**

L'origine de la polygynie reste mal connue, ce qui est évident, elle ne date pas d'aujourd'hui. Une institution sociale aussi vieille que l'histoire de l'humanité<sup>76</sup>. La domination masculine sur la femme a fortement contribué à l'admission aisée et à la perpétuation de la polygynie dans les sociétés. Qu'elle soit autorisée par une religion, une coutume ou par un droit étatique, hier comme aujourd'hui, partout où la polygynie a été admise, elle a fait l'objet de controverses. Pour différentes raisons certains Etats conservent cet héritage, c'est le cas du Mali, en dépit de son inconstitutionnalité et des engagements internationaux signés par lui (1). D'autres ont renoncé définitivement à cette institution. Reste une catégorie intermédiaire qui, faute de pouvoir l'interdire, ont durci leurs législations rendant difficile l'option. L'examen de l'expérience d'autrui doit inciter le législateur malien vers une réforme. D'ici là la pratique continue de faire l'objet de polémiques constantes au quotidien (2).

#### *1. Les controverses relatives à l'inconstitutionnalité et à l'inconventionnalité*

L'Assemblée nationale du Mali en vertu de l'article 70 de la Constitution du 25 février 1992<sup>77</sup> légalise la polygynie par la loi n° 2011-87 AN-RM du 30 décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille. Cette loi n'est

---

<sup>76</sup> Si l'on se place du point de vue scientifique selon laquelle, l'homme est le fruit d'une longue et lente évolution, il est vraisemblable d'admettre que l'être humain a été toujours polygame. Mais si l'on se place du point de vue de la religion selon laquelle Dieu créa l'homme et la femme dans sa forme actuelle, il y a lieu d'admettre que le monde a commencé par la monogamie. La version religieuse est apportée par la Bible et le Coran. Pour les références bibliques V° Genèse 2 : 15-22.

<sup>77</sup> L'article 70 de la Constitution du 25 février 1992 attribue la compétence au législateur de déterminer un certain nombre de matières parmi lesquelles les droits civils et les régimes matrimoniaux.

que la confirmation du Code de mariage et de la tutelle qui depuis 1962 avait admis à règle. Toute loi votée par le parlement doit, en vertu de la hiérarchie des normes juridiques, être conforme aux règles constitutionnelles. La polygynie est incompatible avec le principe de l'égalité. Une raison qui lui ôte d'une position confortable.

La loi fondamentale du Mali prescrit en ces termes : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée »<sup>78</sup>. Le Code des personnes et de la famille reste très prudent sur l'utilisation du concept de « l'égalité » ou celui de « discrimination ». Dans le livre préliminaire, le législateur interdit des discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques<sup>79</sup>. La polygynie n'est pas une discrimination fondée sur la génétique, mais plutôt sur le sexe. C'est la Constitution et le système supranational de protection des droits humains qui nous offre cet exemple de discrimination.

Le système universel et régional de protection des droits humains consacre plusieurs dispositions à l'égalité des époux dans le mariage. Les articles 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme<sup>80</sup> et 23 du pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>81</sup>, aussi bien que certaines dispositions de la charte africaine des droits de l'homme et des

---

<sup>78</sup> Article 2 de la Constitution du Mali.

<sup>79</sup> Article 3 du CPF.

<sup>80</sup> L'article 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme dispose que : « 1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. »

<sup>81</sup> Le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 a été ratifié par le Mali, le 16 juillet 1974. Son article 23 prévoit que : « 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. 2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile. 3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux. 4. Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire.

peuples<sup>82</sup> déterminent le cadre général de l'égalité dans le mariage. En revanche, la convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>83</sup> concerne spécifiquement l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Son article 16 s'intéresse à la lutte contre les discriminations « dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux. » En effet, le comité de cette convention a eu l'occasion de se prononcer spécifiquement sur le thème de la polygamie, dans sa recommandation générale n° 21 relative à l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux. Il ressort de cette recommandation que « la polygamie était contraire à l'égalité des sexes et pouvait avoir de si graves conséquences affectives et financières pour la femme et les personnes à sa charge qu'il fallait décourager et même interdire cette forme de mariage »<sup>84</sup>. Le Comité s'inquiète du fait que : « certains Etats parties dont la Constitution garantissait pourtant l'égalité des droits des deux sexes, autorisaient la polygamie, soit par conviction, soit pour respecter la tradition portant ainsi atteinte aux droits constitutionnels des femmes et en infraction à la disposition 5 a) de la convention »<sup>85</sup>.

L'Afrique, malgré son attachement à ses valeurs culturelles, a amélioré le sort des femmes en adoptant un protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des femmes. « Les Etats veillent à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage »<sup>86</sup>. Si le protocole n'a malheureusement pas interdit la polygamie, il marque sa préférence à la monogamie en ces termes : « la monogamie est encouragée comme forme préférée du mariage. Les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille y compris dans des relations conjugales polygamiques sont défendus et préservés »<sup>87</sup>. Les différentes conventions citées sont applicables en vertu

---

<sup>82</sup> La charte après avoir rappelé dans son préambule l'égalité comme aspiration légitime des peuples africains dispose en son article 3 que : « 1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi. »

<sup>83</sup> La convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), entrée en vigueur en 1981 est ratifiée par le Mali, le 10 septembre 1985.

<sup>84</sup> Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21 (treizième session), 1994.  
[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/french/General\\_Recommendations\\_1-25-French.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/french/General_Recommendations_1-25-French.pdf) consulté le 30/04/2018, p.22.

<sup>85</sup> *Idem.*

<sup>86</sup> Article 6 du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des femmes.

<sup>87</sup> *Idem.*

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

de l'article 116 de la Constitution<sup>88</sup>. L'existence des dispositions constitutionnelles et conventionnelles fait que la polygynie demeure difficile soutenable au plan juridique.

Le Mali devrait, au regard de la Constitution malienne et des nombreuses conventions ratifiées, faire évoluer sa législation pour interdire ou du moins restreindre la polygynie. Le législateur malien ne doit pas aussi garder silence face aux polémiques constantes que suscite au quotidien cette institution sociale. Les polémiques sont constatables dans les foyers polygynes, à travers l'actualité mais également dans les espaces judiciaires.

### *2. Les polémiques constantes au quotidien*

Un adage bambara résume magnifiquement le rapport entre les coépouses qui dit ceci : « Sinaya diélé yé gala daga yé » signifiant littéralement que « la plus grande sincérité des rapports entre coépouses ressemble à l'eau teintée. » Cet adage fait allusion à une absence d'entente entre coépouses ou l'existence d'une simulation d'entente. Cette situation se vit au quotidien et ne constitue plus un secret pour personne. La vie privée des foyers polygynes se trouve constamment à la une de l'actualité.

Un journal s'interroge, le 12 février 2018 : « la polygamie au Mali : problème ou quiétude ? » Ce journal constate que le réel problème dans les mariages polygames est le traitement inégal, voir la maltraitance d'une ou de plusieurs épouses, donc une atteinte à la dignité de la femme<sup>89</sup>. Un autre journal de la place intitule son article : « La polygamie : la guerre des coépouses fait ravage dans les foyers. » L'auteur de l'article rapporte les disputes quotidiennes entre les coépouses de certains foyers polygynes. Le récit des coépouses ne fait que confirmer un climat assez tendu au quotidien. Une déclare : « Mon mari a montré à ma coépouse que je ne sers à rien. » Un homme polygyne affirme : « J'aime mes deux femmes, mais elles n'arrivent pas à s'entendre »<sup>90</sup>.

Un autre journal intitule son article : « la polygamie : une pratique encore mal comprise. » Il signale qu'il est aujourd'hui complexe d'aborder le sujet de la polygamie car entre la religion, les réalités quotidiennes et les

---

<sup>88</sup> L'article 116 de la Constitution dispose que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie.

<sup>89</sup> I. DIA, *Polygamie au Mali : Problème ou quiétude ?* in malinet.net, paru le 12 février 2018.

<sup>90</sup> Propos rapportés par M. CAMARA, « La polygamie : la guerre des coépouses fait ravage dans les foyers », in *Bamako Hebdo*, parue le 10/01/2015, <https://www.maliweb.net/societe/la-polygamie-la-guerre-des-coepouses-fait-ravage-dans-les-foyers-734692.html> consulté le 01/05/2018.

mauvaises interprétations et compréhensions des écritures saintes, des confusions et des polémiques s'installent<sup>91</sup>. C'est en désespoir de cause que les femmes sont conduites à accepter cette institution sociale. Le journal apporte le témoignage d'une femme mariée depuis huit ans à un polygyne : « Je suis personnellement frustrée de voir ce qui se passe dans les couples d'aujourd'hui à cause de la polygamie, car il faut le reconnaître, un mal est là et on ne veut pas qu'on en parle au risque de s'opposer à la religion. Je suis d'accord que la polygamie lorsqu'elle est établie de nature à respecter les conditions telles qu'elles sont prescrites, apportera plus de joie que de peine dans nos sociétés. Mais il reste à savoir si cela s'avère possible. Et le pire, c'est qu'en général, nous les femmes sommes obligées de subir le poids de la tradition et « tout » accepter malgré nos peines. Ma pire expérience, je l'ai vécue il y a deux ans lorsque j'ai dû accepter avec résignation, une coépouse alors que j'étais enceinte à l'époque. Mes nuits étaient blanches et mes pensées étouffées par le fait d'avoir et de voir une autre femme avec qui je suis obligée désormais de partager mon mari, mon foyer... c'était vraiment très dur et jusque là ça l'est car le mieux qu'on puisse dire c'est qu'il n'y a plus cette vie paisible et harmonieuse qui régnait auparavant dans notre famille »<sup>92</sup>. Ce journal conclut qu'il s'agit d'un véritable cauchemar pour les femmes et que l'homme polygyne fait l'objet d'intoxication et d'empoisonnement au quotidien, car ses épouses font recours aux gris-gris et lui font boire toutes sortes de potions. Les disputes se terminent souvent devant les juridictions dans le cadre d'une procédure de divorce.

Lorsque le juge est saisi d'une demande de divorce, la plupart des cas, il s'agit des questions liées directement ou indirectement à la polygynie, nous confie un juge du tribunal de grande instance de la commune I du District de Bamako<sup>93</sup>. La cause du divorce fréquemment invoquée dans ce cas est le défaut d'entretien. Une situation généralement liée au second mariage de l'époux qui entraîne inévitablement des charges supplémentaires sur le plan financier qu'en termes d'obligations conjugales. L'une des conséquences de ces charges est la diminution de traitement qui peut être de bonne ou de mauvaise foi du mari. L'insuffisance de traitement devient souvent très conséquente. En effet, si elle est de bonne foi, le juge demeure sceptique de

---

<sup>91</sup> S. TRAORE, « Mali : Polygamie : une pratique mal encore comprise », in *La Sirène* parue le 27/04/2015. <http://maliactu.net/mali-polygamie-une-pratique-encore-mal-comprise/> consulté le 01/05/2018.

<sup>92</sup> Propos rapportés par S. TRAORE, « Mali : Polygamie : une pratique mal encore comprise », *op. cit.*

<sup>93</sup> Entretien avec un juge au siège sous anonymat, le 30/04/ 2018 à 11 heures au Tribunal de Grande instance de la Commune I du District de Bamako.

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

prononcer le divorce<sup>94</sup>. Le défaut ou l'insuffisance d'entretien entraîne souvent des disputes, accompagnées d'injures et sévices corporels, une autre cause de divorce<sup>95</sup>. Certaines décisions rendues par le tribunal de grande instance de la commune I confirment les propos du juge<sup>96</sup>.

Cependant, il y a lieu de rappeler que dans les mariages polygyniques, l'insuffisance de moyens amène le plus souvent le mari à faire cohabiter ses épouses dans une cour unique. Cette même raison entraîne pour le mari une incapacité d'assurer à chaque épouse distinctement ses frais de condiments. Une situation qui provoque constamment des zizanies dans le foyer. Le devoir de cohabitation est imposé entre les conjoints mais pas entre coépouses<sup>97</sup>. La Cour suprême dans une décision estime que dans un mariage monogamique, le devoir de cohabitation ne saurait être imposé à une épouse par son mari dès lors que mariés sous le régime monogamique, celui-ci rompt cet engagement et fait occuper le domicile conjugal par l'intruse. Que l'épouse légitime dans ces conditions, ayant bénéficié d'une permission de son conjoint pour se rendre chez ses parents, n'est pas en abandon de domicile conjugal dès lors qu'elle subordonne son retour au foyer au renvoi de la concubine par le mari infidèle<sup>98</sup>.

En revanche, dans un autre arrêt, cette même Cour rejette le pourvoi d'une épouse s'estimant avoir été forcée à consentir à un mariage<sup>99</sup>. Il ressort de son mémoire en défense : « En 1980, j'ai épousé le sieur X dans des conditions très dramatiques, mon père ancien garde de cercle étant parti à la retraite sans être préparé. Etant dans cette difficulté mon époux lui a proposé de lui accorder ma main et il n'a fait que prendre la dot donc en me forçant de me présenter à l'arrondissement en vue du mariage. » La Cour rejette le pourvoi car pour elle la dame n'a pas précisé ce dont elle a été l'objet et qu'il n'y a pas eu de vices de consentement. Le CMT accordait un délai relativement court pour agir en nullité du mariage<sup>100</sup>. Cette situation offrait

---

<sup>94</sup> *Idem*.

<sup>95</sup> Article 352 du CPF dispose que « Un époux peut demander le divorce pour faute en cas : (...) d'excès, sévices et injures graves de l'autre rendant la vie conjugale impossible... »

<sup>96</sup> TGI, CI, 24/04/2018 BK c/ DT ; TGI CI, 22/05/2018, MD c/ DB ; TGI CI, 15/05/2018 NK c/ DS ; TGI CI, 15/05/2018 CHC c/ OC.

<sup>97</sup> L'article 319 al. 2 du CPF dispose que : « Le choix de la résidence de la famille appartient au mari. La femme est tenue d'habiter avec lui et il est tenu de la recevoir. Ce choix doit se faire dans l'intérêt exclusif du ménage. » Néanmoins, la séparation de corps met fin à l'obligation de cohabitation (article 374 du CPF).

<sup>98</sup> CSM, Civ. 1, 21 juin 2004, arrêt n° 74.

<sup>99</sup> CSM, 14 avril 1986.

<sup>100</sup> L'article 27 du CMT dispose que : « Le mariage contracté sans le consentement de personnes qualifiées au sens de la présente loi ne peut être attaqué que par celles dont

peu de chance aux victimes d'agir. La Cour suprême reste intransigeante sur l'application du délai d'agir<sup>101</sup>. Les polémiques vont au-delà de l'espace judiciaire, même les fervents défenseurs de cette institution sociale notamment les musulmans ne sont pas unanimes sur la question. Le poids des citoyens de confession musulmane n'est pas négligeable. Il constitue d'ailleurs le facteur décisif du maintien de la polygynie au Mali. Elle fait partie des questions sensibles.

Depuis l'indépendance, la pratique de la polygynie est revendiquée au nom de l'islam au Mali. Cependant, il se fonde sur des arguments difficilement recevables. Les thèses avancées pour justifier la polygynie sont entre autres : le surplus des femmes par rapport aux hommes<sup>102</sup> ; la stérilité de l'épouse ou son incapacité à remplir son devoir conjugal en raison des grossesses, de l'allaitement, de la maladie, de la vieillesse, de la frigidité ou autres<sup>103</sup> ; le remède à l'adultère de l'homme<sup>104</sup> ; la limitation du divorce<sup>105</sup> ; l'exécution de la sunna du prophète<sup>106</sup>. Les arguments ci-dessus sont ceux développés par certains musulmans pour justifier la légalité polygynie sur le plan religieux. Ces thèses entraînent des pressions psychologiques sur la femme. Pourtant, certains pays de tradition musulmane ont interdit la pratique. C'est le cas notamment en Turquie et Tunisie qui l'ont purement abolie. D'autres Etats sans pouvoir l'abolir ont procédé à une restriction des conditions d'accès, c'est le cas de l'Égypte. Ces actes devraient permettre au législateur malien d'engager des débats au niveau national allant du postulat

---

le consentement était nécessaire. Toutefois, ces personnes ne peuvent tenter une action en nullité (...) lorsqu'il sera écoulé un délai de deux mois sans réclamation de leur part depuis qu'elles ont eu connaissance du mariage.

<sup>101</sup> CSM, 19 mai 1986 arrêt n° 25.

<sup>102</sup> Les tenants de l'idée selon laquelle la polygynie constitue une solution pour le célibat des femmes, cette argumentation serait peut-être fondée, s'il avait été vérifié au Mali permettant d'affirmer que parmi la population en âge de se marier le nombre d'hommes dépasse celui des femmes. Même si une telle étude venait à être réalisée, il n'est pas évident de conclure à un surplus de femmes par rapport aux hommes.

<sup>103</sup> Les obstacles naturels qui peuvent altérer ou diminuer la capacité de la femme peuvent aussi toucher l'homme. Si un tel événement survient, sera-t-elle légitime d'autoriser la femme à prendre un second mari, même momentanément !

<sup>104</sup> Il n'a jamais été prouvé ici et ailleurs que la polygynie constitue un remède à l'adultère de l'homme.

<sup>105</sup> La pratique de la polygynie n'a jamais été un facteur de limitation du divorce. D'ailleurs au Mali, l'un des contentieux judiciaires les plus élevés serait celui du divorce.

<sup>106</sup> M.-A. ALLARD, C. PELCHAT et autres, *CSF, Avis, la polygamie au regard du droit des femmes*, Québec 2010, p. 67 et suivantes [www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf](http://www.specs-csn.qc.ca/site-com/publications-femmes/documents/CSF-polygamie.pdf) consulté le 21/04/2018.

que l'abolition de la polygynie est bien possible et qu'elle n'affecte en rien la bonne pratique de la religion musulmane. De manière évidente, l'abolition est exigée par les engagements internationaux du Mali et l'orientation politique de l'Etat. Ce sont les repères non négligeables dont dispose le Mali, lui permettant d'engager un débat sérieux sur la question. En attendant cette perspective, la polygynie continue d'être une institution sociale décriée.

### ***B. Une difficile mise en œuvre d'une institution sociale décriée***

La polygynie est conçue autour des règles pour sa mise en œuvre. Qu'il s'agisse du statut de base des époux ou encore des questions particulièrement liées à la polygynie, le respect des différentes dispositions suscite de véritables interrogations. La loi passe sous silence des questions assez importantes (1), et utilise des formules ambiguës pour d'autres. Ces situations engendrent des difficultés pratiques du respect des règles de la polygynie (2).

#### *1. Le libéralisme des conditions substantielles d'accès à la polygynie*

Le Code des personnes et de la famille ne détermine pas les conditions pour un homme d'être polygyne. Des questions substantielles passées sous silence et la pratique ne fait qu'enfoncer le clou dans la plaie. Même une interprétation par déduction ne permet pas d'expliquer à suffisance l'existence des conditions substantielles d'autorisation de la polygynie.

Le Code des personnes et de la famille sanctionne pour bigamie, un homme monogame qui contracte un second mariage avant la dissolution du premier ou encore un homme polygyne qui, ayant quatre épouses légitimes, contracte une cinquième union<sup>107</sup>. En plus, il précise que l'engagement polygynique doit résulter du consentement de la femme<sup>108</sup>. Ce sont les conditions exigées par le législateur permettant à un homme d'adopter cette institution sociale. Du côté du futur époux, le Code reste muet sur ses capacités matérielles et physiques d'assurer ses obligations liées au mariage. L'insuffisance du Code à ce niveau s'explique par l'absence d'une obligation de vérification préalable des capacités matérielles et physiques du candidat qui souhaiterait convoler en d'autres noces. Cette question importante est laissée à la libre appréciation de l'époux. En effet, le silence du législateur s'explique-t-il par l'aménagement d'obligations à la charge de l'époux ?

Le législateur en mettant à la charge de l'époux des obligations, notamment celles d'assurer les dépenses de la famille<sup>109</sup> et les obligations

---

<sup>107</sup> Article 230 du Code pénal, précité.

<sup>108</sup> Article 307 al. 2 du CPF.

<sup>109</sup> L'article 319 *in fine* du CPF dispose que : « Les charges du ménage pèsent sur le mari. La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du

conjugales<sup>110</sup> ne permettent pas de justifier l'existence de certaines conditions pourtant indispensables au mariage polygynique. S'il est difficile, voire impossible au moment de la célébration du mariage de savoir si le futur époux réservera un traitement d'équité à ses épouses, il est tout à fait possible de prendre des garde-fous pour s'assurer d'un tel traitement. La violation de l'obligation de traitement équitable entre épouse devrait être assortie de sanction<sup>111</sup>. Le législateur devrait ériger une telle violation en une cause de divorce en cas d'avertissement judiciaire non suivi d'effet. La loi devrait exiger au futur époux polygyne de fournir la preuve des moyens financiers. Cette question ne devrait pas être passée sous silence sous prétexte que le refus de subvenir aux dépenses de la femme est sanctionné. La loi sanctionne le refus et non la difficulté ou l'impossibilité du mari de faire face aux dépenses indispensables de ses épouses.

La religion musulmane a le mérite de poser des conditions assez strictes pour l'option polygynique. Mais là aussi, la question financière est renvoyée à l'époux le soin d'apprécier ses capacités<sup>112</sup>.

Dans la pratique lors de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil se contente de poser une question assez simple à la future épouse qui est la suivante : « ton mari dit que s'il a eu des moyens financiers, il prendra une autre épouse, êtes-vous d'accord ? » Cette interrogation est élaborée de toute pièce par l'officier de l'état civil. Elle est loin de refléter la volonté du mari. En posant une telle interrogation l'officier conditionne la polygynie à une question financière. Ce qui ne résulte nullement d'aucun texte juridique

---

ménage. » Par cette disposition, le législateur malien s'écarte de sa propre solution qu'il avait pourtant adoptée dans la loi du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle en son article 34. Ce texte disposait que : « Le mari est le chef de la famille. En conséquence : 1° les charges du ménage pèsent à titre principal sur lui... » Le législateur de 1962 fait la contribution aux charges du ménage une obligation pour la femme mariée, tandis que celui de 2011 en fait une faculté. Ce choix délibéré du législateur peut s'expliquer par deux raisons : soit, il considère que traditionnellement la femme contribue toujours aux charges du ménage en nature, à travers les travaux domestiques ; soit, c'est un outil pour le législateur de décourager les hommes à renoncer à la polygynie en raison des charges énormes que celle-ci peut engendrer. Dans l'un ou l'autre cas, le sort de la femme mariée se trouve amélioré en droit malien.

<sup>110</sup> L'article 348 permet à l'un des époux de demander le divorce en cas d'impossibilité pour l'autre de satisfaire à ses obligations conjugales. Aussi « L'épouse peut demander le divorce lorsque le mari refuse de subvenir à ses besoins essentiels : nourriture, logement, habillement et soins médicaux. » Article 352 al. 2 du CPF.

<sup>111</sup> V° *Infra*.

<sup>112</sup> V° *Supra* p. 10 et s.

étatique. L'officier de l'état civil se met alors en *porte à faux* avec la loi. Du côté du ministre du culte musulman, la question est adressée au représentant des futurs époux notamment de savoir quelle option ont-ils choisi les futurs époux ? Cette interrogation a le mérite d'être au moins plus correcte que celle posée par l'officier de l'état civil. Le libéralisme au niveau des conditions d'accès à la polygynie constitue les prémices des difficultés liées au fonctionnement de ce régime.

## 2. Les difficultés pratiques liées au fonctionnement de la polygynie

Le Code du mariage et de la tutelle, abrogé par le Code des personnes et de la famille admettant la pratique, prévoient que dans les mariages polygyniques chaque épouse est considérée comme un ménage. Du coup cette rédaction soulève une multitude de questions. En faisant du mariage polygynique une composition de plusieurs ménages, Cette disposition constitue une remise en cause de la notion traditionnelle de la famille. Le législateur a disloqué une structure unifiée. Au Mali, la famille est une diversité unifiée autour d'une solidarité fraternelle particulière<sup>113</sup>.

La première difficulté tient à la formulation de l'article 320 du Code des personnes et de la famille qui dispose que : « Le mari, sous le régime de la polygamie, est astreint à une obligation d'équité entre ses épouses dont chacune est considérée comme un ménage »<sup>114</sup>. Une disposition salubre, quoi de plus normal de traiter de manière équitable les personnes se trouvant dans les mêmes conditions, les coépouses notamment. Pourtant, la loi ne précise pas la notion « d'équité entre épouses ». Le Code de mariage et de la tutelle abrogé, interdit au mari d'utiliser les revenus d'une épouse au profit d'une autre<sup>115</sup>. Une autre façon de consacrer la règle d'équité. Si le législateur de 2011 passe sous silence l'interdiction d'utilisation de revenus d'une épouse au profit d'une autre, celui de 1962 n'utilise pas l'expression « traitement équitable » mais la consacre d'une autre façon.

Il est évident que l'utilisation de la notion d'équité permet une interprétation assez large pour mieux protéger les droits de la femme. La loi devrait au moins donner un contenu à l'équité qui demeure une notion floue.

---

<sup>113</sup> La solidarité fraternelle dépasse le cercle famille pour atteindre toute la communauté. Pour marquer cette solidarité D. A. TESSOUGUE, *Sur la justice traditionnelle*, manuscrits, p. 10, constate que « Le Mali est une société où le groupe s'identifie à celui de ses membres en difficulté. » Cette affirmation marque la particularité de la solidarité entre les différents groupes composant la société.

<sup>114</sup> La règle était déjà admise par le Code de mariage et de la tutelle en son article 35.

<sup>115</sup> L'article 35 al. 3 du Code de mariage et de la tutelle affirme que : « Toutefois, il est interdit au mari d'utiliser les revenus d'une de ses épouses au profit de ses autres épouses. »

En effet, si l'on se réfère à l'article 35 al. 3 du CMT (une disposition en vigueur en vertu de l'article 1146 du CPF<sup>116</sup>) qui interdit au mari d'utiliser les revenus d'une épouse au profit d'une autre une difficulté certaine apparaît. L'illustration est la suivante : le mari qui vend une vache d'une épouse pour payer les frais d'hospitalisation d'une autre épouse, n'a-t-il pas utilisé le revenu d'une épouse au profit d'une autre ? La réponse affirmative nous paraît évidente, car c'est l'épouse hospitalisée qui est bénéficiaire directe. La réponse sera différente si les revenus d'une épouse étaient utilisés au profit de l'enfant d'une autre épouse. Mais là aussi, il y a lieu de préciser quelle dépense de l'enfant la coépouse aurait accepté que ses revenus couvrent. L'épouse aurait-elle accepté que ses revenus soient utilisés pour payer les frais de scolarité de l'enfant de sa coépouse ? La réponse affirmative ne nous paraît pas évidente. Peut-être, elle aurait accepté des dépenses sur ses biens qu'un être humain aurait humainement accepté, en raison du lien familial qui lie l'enfant à son mari.

L'obligation imposée au mari de traiter de manière équitable ses époux ne constitue qu'une obligation morale, car non assortie de sanction en cas de violation. Cette position du législateur est surprenante. Le traitement inéquitable entre épouses ouvre la voie à une mécontentement constante dans les mariages polygyniques et à des frustrations. Rester dans une telle union constitue une torture psychologique pour la victime d'injustice. C'est pourquoi nous avons estimé que le législateur aurait dû permettre à cette victime convaincue de traitement d'injustice, de pouvoir demander le divorce pour faute.

Cependant une question subsiste, le mari peut-il contraindre, au nom de l'obligation de secours et d'assistance<sup>117</sup> une épouse à lui prêter main-forte pour faire face à certaines dépenses de l'autre épouse ? Nous pensons que la réponse doit être négative pour une double raison. D'une part, la femme mariée n'a aucune obligation de contribuer aux charges du ménage, fût-il même son propre ménage. D'autre part, même si cela ne résulte pas expressément du Code, le mari, en contractant un second mariage, s'assure qu'il dispose de revenus suffisants pour faire face aux dépenses de chaque

---

<sup>116</sup> L'article 1146 du Code des personnes et de la famille abroge les dispositions antérieures contraires en ces termes : « Sont et demeurent abrogées toutes dispositions antérieures contraires au présent Code, notamment : - la loi n° 62-17/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle ; - l'ordonnance n° 26 du 10 mars 1975 complétant la loi n° 62/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle... »

<sup>117</sup> L'article 316 du Code des personnes et de la famille prévoit que : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, protection, secours et assistance. »

## Les impasses du Code malien relatives au mariage polygamique

ménage, même si après, la conjoncture économique ne lui a pas été favorable après la célébration du mariage.

Le CMT et le CPF restent identiques sur l'organisation structurelle des familles polygynes. Ils en font chaque épouse un ménage. Si la rédaction est salubre car permettant d'assurer l'indépendance à chaque épouse, elle constitue en revanche, le législateur disloque une structure unifiée. En effet, la conception traditionnelle de la famille est une diversité unifiée, tandis que celle de l'occident, la famille est une entité restreinte composée d'une femme et son mari entouré de quelques enfants. Si l'on se place du point de vue purement africain, la famille est une entité élargie autour d'un homme plusieurs femmes et plusieurs enfants qui forment un tout indivisible. De ce point de vue, le législateur du Code des personnes et de la famille vient de disloquer une entité unifiée en faisant chaque femme dans un lien polygynique un ménage : c'est l'unité disloquée.

Le législateur malien à travers la rédaction des articles 320 du CPF et 35 du CMT n'a-t-il pas marqué sa préférence au statut monogamique de mariage ? Dans la conception traditionnelle, une femme n'a jamais été considérée comme un ménage à part. En conséquence, il n'a jamais été interdit à l'homme d'utiliser les revenus d'une épouse au profit d'une autre. La raison fondamentale de cette conception, c'est que la famille (un homme autour duquel gravitent plusieurs femmes et plusieurs enfants) est un seul ménage, un ménage unique et non des ménages séparés. Ce qui est sûr, l'unité familiale est disloquée par cet article. Qu'est ce que le législateur a réellement voulu ? Nous pensons que l'article 320 du Code des personnes et de la famille constitue une règle transitoire, préparant ainsi psychologiquement et matériellement la société vers l'institution définitive de la monogamie. Même s'il faut convenir qu'une telle institution n'est pas pour demain. Il peut être conclu alors que le législateur n'encourage pas la polygynie, malgré qu'il l'ait consacrée. L'évolution de la société malienne fait qu'elle est très influencée par le modèle d'organisation de la famille en occident<sup>118</sup>. Bien qu'elle demeure très conservatrice sur certaines questions notamment la polygynie, une institution sociale qui a été dans toute société et à toute époque controversée.

\*

\*\*

---

<sup>118</sup> Pour une analyse de la transformation structurelle des familles en Afrique V° J. BAROU, « Dynamiques de transformation familiale en Afrique subsaharienne et au sein des diasporas présente en France », <https://journals.openedition.org/droitcultures/4051> consulté le 28/04/2018.

Le législateur malien ne doit pas rester indifférent face aux polémiques constantes que cette pratique engendre au quotidien. Garder le silence, c'est nier l'évidence. Le devoir de l'Etat est la protection des droits de l'homme, surtout ceux qui sont fondamentaux. Des droits qui ont été fondamentalement conçus pour protéger le faible. Celui-ci constitue sa priorité. L'Etat de droit est tenu de s'investir dans cette entreprise, sous peine de vivre en marge de la communauté internationale ou de renoncer au développement. Sur le plan juridique, il est incontestable que l'engagement de la femme à la polygynie est vicié de violence morale du fait de la pesanteur sociale. Le législateur devrait comprendre cette situation. Il devrait savoir que le mariage au Mali est un contrat entre le fort et le faible et que la seule référence à l'autonomie de la volonté ne suffit point à le rééquilibrer. D'ailleurs, ce problème similaire lui a fait intervenir dans les contrats entre professionnels et consommateurs. Par un tel courage, le législateur malien devrait comprendre que tant qu'il n'interdit pas la polygynie, l'injustice contractuelle persistera au Mali. Une injustice qui profitera qu'à la population dominante. La construction d'un Etat de droit se fonde sur le principe universellement reconnue et protégé, qu'est le principe de l'égalité. Cette égalité, dès lors qu'elle est constitutionnellement garantie, sa mise en œuvre devrait être possible naturellement. Si l'attitude de la femme est paradoxale, le législateur malien doit rompre avec le paradoxe. En rompant avec son paradoxe, il sortira la femme de son paradoxe.

**ISLAM ET ELECTIONS POST-CRISE AU MALI  
DEPUIS 2013 : ENJEUX ET DEFIS**

**Mamadou Lamine Dembélé,  
maître de conférences agrégé  
en histoire du droit et des institutions  
à l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako**

Dans sa stratégie sur le Sahel, l'Union européenne<sup>1</sup> faisait remarquer que « le Sahel est une des régions les plus pauvres du monde. Il est confronté à la fois à des problèmes d'extrême pauvreté, aux effets du changement climatique, à des crises alimentaires fréquentes, à une croissance rapide de la population, à une gouvernance fragile, à la corruption, à des tensions internes persistantes, au risque d'une radicalisation et d'un extrémisme violent, aux trafics illicites et aux menaces que le terrorisme fait peser sur la sécurité ». La situation du Mali, pays effectivement sahélien, illustre parfaitement cet état de fait. Aussi, conviendrait-il de mettre au jour quelques éléments structurels relativement à la nature du pays et aux causes de la crise actuelle dont la prise en compte permettrait d'élucider certaines facettes de notre sujet.

Sur le plan structurel, soulignons que la combinaison des données géographique, démographique, climatique, sociologique et économique et la prise en compte croisée de leurs contraintes et atouts respectifs, expliquent, en partie, les difficultés structurelles de l'Etat malien. Sur le plan géographique, le Mali, situé au cœur de l'Afrique de l'Ouest, dispose d'une superficie, de 1 241 000 Km<sup>2</sup> qui le situe au rang de deuxième plus vaste Etat de cette sous-région. De plus, il partage ses frontières avec sept Etats : l'Algérie, la Mauritanie, le Niger, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Sénégal et la Guinée. Cet enclavement du pays le contraint à mettre en œuvre une politique de coopération et d'intégration<sup>2</sup> et accroît l'extraversion de

---

<sup>1</sup> Service européen pour l'action extérieure, « Stratégie pour la sécurité et le développement au Sahel », disponible via [http://eeas.europa.eu/index\\_fr.htm](http://eeas.europa.eu/index_fr.htm), p. 1.

<sup>2</sup> Membre fondateur de l'UEMOA et de la CEDEAO, le Mali a été le premier à ratifier le projet d'Union africaine. Il est également membre du comité de mise en œuvre du NEPAD et de la Communauté des Etats sahélo-sahariens (CEN-SAD) Voir chapitre 34, p. 806 « les organisations internationales dans le monde arabe et

l'économie nationale. De surcroît l'immensité du territoire facilite sa porosité, une situation génératrice de risque sécuritaire incalculable.

Contrairement à la géographie, le Mali a une population faible et inégalement répartie sur le territoire. En effet, selon le dernier recensement, la population est estimée à 19 419 003 millions d'habitants<sup>3</sup>. 80 % au Sud qui ne représente que le tiers du territoire et 20% au Nord qui occupe les deux tiers du territoire. Derrière ces pourcentages, on perçoit nettement la faiblesse de la densité de la population, qui est un facteur inhibant pour la mise en œuvre de projets structurants de développement.

Climatiquement, le Mali appartient au domaine sahélien<sup>4</sup>. Ce mot vient de Sahel, terme arabe signifiant « rivage » et qui est le domaine de transition entre le Sahara et le Soudan, l'Afrique noire et l'Afrique méditerranéenne. Aux deux extrémités de ce climat sahélien central, on retrouve les climats soudanien au sud et saharien au nord. Avec les changements climatiques et l'avancée inexorable du désert qui réduisent les possibilités naturelles en matière de pastoralisme et d'agriculture, se profilent des conflits dramatiques autour des ressources naturelles.

Sociologiquement, même si l'on admet que le Mali est « un pays carrefour » qui a favorisé un long et profond brassage ethnique et un véritable « melting pot »<sup>5</sup>, les mutations socio-économiques et les contraintes climatiques de nos jours mettent en mal le vivre ensemble et poussent à l'affirmation des hégémonies ethniques que les extrémistes de tout bord n'hésitent pas à exploiter. Notons rapidement à ce niveau que le pays compte six groupes ethnico-culturels<sup>6</sup> avec tout d'abord les Mandingues, groupe statistiquement majoritaire (40 % de la population) comprend les Bambaras et les Malinkés, ensuite les Soudaniens, environ 20 % de la population totale comprend les Songhaïs, les Dogons, les Sarakolés (Soninkés) et les Bozos. Ceux-ci sont suivis par les Voltaïques, environ 12 %, comprend les Senoufos, les Bobos et les Mossis, les Peuls : ils sont éparpillés au Sud et au Nord, tantôt sédentaires tantôt nomadistes. Enfin, les Berbères et les Arabes : ce groupe comprend les Touaregs, les Maures et les Arabes. Ils occupent les vastes régions du Nord et sont généralement pasteurs nomades ou

---

islamique et les organisations internationales en Afrique » in Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Les organisations internationales*, Economica, avril 2002.

<sup>3</sup> Source: direction nationale de la population, estimations des populations des cercles et communes du Mali en 2018, janvier 2018.

<sup>4</sup> Francois BOST, « Sahel », *Encyclopaedia Universalis*, 2012.

<sup>5</sup> Pierre BOILLEY, « Mali », *Encyclopaedia Universalis*, 2012.

<sup>6</sup> Il s'agit des pays les moins avancés au nombre de 50 classés par l'ONU. Sur les 78 ACP signataires de l'accord de Cotonou, 55 sont membres de l'OMC et 40 sont des PMA dont le Mali.

commerçants. Relevons que malgré cette diversité climatique, ethnique, culturelle, le Mali se caractérise par une relative unité religieuse. En effet, même s'il n'y a pas de statistique officielle, on estime que plus de 80% des maliens appartiennent à la religion musulmane<sup>7</sup>. Le reste de la population est de confession chrétienne ou animiste. C'est une donnée sociologique essentielle à prendre en considération dans toute analyse de la société malienne. Par ailleurs, notons que sur le plan économique, le Mali est un pays pauvre. Il fait partie des PMA (pays les moins avancés) de l'ONU. L'indice du développement humain (IDH)<sup>8</sup> établi par le programme des Nations unies pour le développement (PNUD), classe en 2016 le Mali au 175<sup>ème</sup> rang sur 188 pays<sup>9</sup>.

Ces considérations permettent de mieux comprendre les causes lointaines et immédiates de la crise de l'Etat de 2012. Les causes structurelles résultent du fait qu'en tant que pays sahélien d'Afrique subsaharienne, le Mali cumule plusieurs difficultés qu'aucun gouvernement n'est parvenu à résoudre depuis l'indépendance jusqu'à nos jours. C'est dans ce contexte de fragilité endémique<sup>10</sup> qui caractérise même le Sahel que survient la crise du 22 mars 2012 qui a ébranlé l'Etat du Mali. Une crise aux multiples facettes (politique, sociale, ethnique, sécuritaire, géopolitique) qu'on peut sérier en deux

---

<sup>7</sup> *Jeune Afrique*, parlant du Mali, indique que « dans ce dernier pays, les chrétiens ne représentent en effet que 2,4 % des 17 millions d'habitants, musulmans à 94 % » voir <http://www.jeuneafrique.com/440745/societe/mali-mgr-jean-zerbo-archeveque-de-bamako-nomme-cardinal-pape-francois/>, page consultée le 22 janvier 2018.

<sup>8</sup> Indice de développement humain (IDH). Il s'agit d'un indice composé qui mesure la qualité de vie moyenne de la population d'un pays. Théoriquement, l'indice va de 0 à 1. Il tient compte de trois dimensions du développement humain. D'abord, la possibilité d'avoir une vie longue et en santé en se fondant sur l'espérance de vie à la naissance. Ensuite, le niveau de scolarisation, évalué à partir du taux d'analphabétisme et de la fréquentation des différents niveaux du système scolaire. Enfin, le standard de vie, calculé à partir du produit intérieur brut (PIB) *per capita* en tenant compte de la parité du pouvoir d'achat (PPA). Voir Indice de développement humain (IDH), Mali. Perspective monde, date de consultation: 20/7/2018, source: Human Development, Report 2007.

<sup>9</sup> Consulté sur kibarur le 20 juillet 2018. Par ailleurs, il convient de noter que dans son article « Vers des changements de paradigmes dans l'action internationale pour le développement ? » *AFRI*, Vol. 3, 2002, (p. 280) Guy FEUER note à juste titre que « Il a été reconnu partout que la fracture croissante entre riches et pauvres, sans être la cause unique de l'agitation qui secoue le monde, en constitue l'un des facteurs les plus déterminants ».

<sup>10</sup> J. GIRI, *Le Sahel demain. Catastrophe ou renaissance ?* Karthala, Paris, 1985 (2<sup>e</sup> éd.) ; J. GIRI. *Le Sahel demain : catastrophe ou renaissance ?* [Compte-rendu] de D. REISSER in *Politique étrangère*, année 1984 49-1 p. 188-190.

groupes. Ce sont les facteurs de vulnérabilités endémiques au Sahel qui ont impacté sur le mode de gouvernance et la participation des populations. Il s'agit de la sécheresse, de l'insécurité alimentaire, de l'analphabétisme, de l'autoritarisme politique, des crises économiques, de l'absence de perspective de développement, de l'incapacité des élites depuis l'indépendance à fédérer l'ensemble des communautés dans un projet national etc. Toutes choses qui servent de justification aux revendications des mouvements rebelles qui ont émaillé le Nord du Mali (1963, 1990, 1996 et 2012). De manière plus immédiate, on peut avancer que la crise de 2012 résulte de la guerre en Libye éclatée en 2011 avec l'intervention franco-américaine. Ce qui provoqua un afflux au Nord des Touaregs d'origine malienne incorporés dans l'armée du guide libyen. Il y a lieu de mentionner l'essoufflement du régime d'ATT, l'alliance des groupes terroristes et mouvements rebelles au Nord du Mali, la corruption et l'affaiblissement de l'armée malienne.

Après ce bref aperçu sur le Mali, il convient de décliner la méthodologie utilisée dans ce travail. Deux attitudes ont prévalu dans la réalisation de ce travail portant sur les rapports entre islam et politique au Mali à travers les discours et influences sur les élections post-crise et les débats et tensions au sein de l'islam sur les rapports avec le politique : la primauté des faits, aux événements et l'observation-participante. En effet, ce sont les événements sociaux et politiques intervenus au Mali depuis le déclenchement de la crise en 2012 qui ont largement commandés les vues développées dans ce travail. C'est que, en tant que chercheur, nous avons pris conscience d'un tournant majeur dans la vie politique et sociale avec la prépondérance de plus en plus marquée du religieux islamique dans la vie politique. De ce fait, il était important de mettre en exergue la façon par laquelle ce phénomène se manifeste, d'évaluer « la chance » qu'il se pérennise c'est-à-dire les modalités de son redéploiement dans la société, les mécanismes par lesquels il essaye d'imposer son ordre dans une société malienne en crise, à la fois en perte et en quête de repère.

De ces considérations, l'observation-participante, en tant que méthode de recherche, s'est imposée tout naturellement. Il faut souligner, à ce niveau, que pour les études de communautés, cette méthode est particulièrement adaptée d'autant plus que les religions en général et l'islam en particulier, sont un phénomène communautaire, qui implique et mobilise les communautés. Cette exigence méthodologique nous a amené à nous intéresser aux discours et aux actions posées par les figures religieuses musulmanes notamment leur prise de position par rapport au politique. Les prêches, les interviews, les discours prononcés lors des fêtes religieuses (Tabaski, Maouloud etc.), les Ziaras, les prières du vendredi, les cérémonies républicaines (vœux de nouvel an par exemple) ou plus politiques telles que

les congrès du Haut conseil islamique et surtout les campagnes électorales (d'abord les présidentielles et les législatives de 2013, ensuite la présidentielle de 2018) sont autant d'événements sociaux et politiques dont les leaders religieux profitent pour donner leur point de vue sur la marche de la société et bien d'autres sujets. Ils ont servi de matériaux pour ce travail.

Ce travail tente de cerner l'islam politique au Mali dans son environnement externe et interne. De ce fait, la problématique est la suivante : de quelle manière les leaders religieux musulmans se sont positionnés lors des élections post-crise depuis 2013 et quelle conséquence ce positionnement révèle-t-il comme défis au sein et en dehors de l'islam malien d'aujourd'hui ? Partant de cela, il présente d'abord les discours par lesquels le religieux musulman influence ou tente d'influencer la politique, particulièrement les prises de position depuis l'éclatement de la crise en 2012 et surtout durant le processus électoral notamment les élections présidentielles et législatives tenues en 2013 et 2018. Par la suite, il s'intéresse, dans une optique « inside », aux débats que suscitent ou ravivent cette interférence au sein de l'islam au Mali en montrant les lignes de fractures et les « schismes » qui se font jour, qui se radicalisent, à l'intérieur de la prétendue « umma » islamique qu'incarne *mutatis mutandis* le Haut conseil islamique (HCI).

Pour répondre à ces interrogations, il convient dans un premier temps d'analyser l'engagement politique des leaders religieux lors des élections post-crise depuis 2013 (I) et dans un second temps, de mettre en exergue les enjeux et les défis liés à ce positionnement au sein et en dehors de l'islam malien d'aujourd'hui (II).

### **I. Crise de l'Etat, élections et engagement du religieux musulman depuis 2013**

La démocratie est un des meilleurs moyens d'améliorer la gouvernance. Elle favorise la compétition politique et la participation, facilite la décentralisation des pouvoirs à tous les niveaux, renforce le pouvoir des acteurs tels que les associations locales, les ONG, les partis politiques, la presse qui peuvent aider au contrôle des performances vers un développement durable. Elle est rigueur en ce qu'elle exige le réflexe de transparence, entre autres, la possibilité de participation effective aux actions et aux prises de décision et surtout la nécessité de rendre compte aux citoyens.

A la suite d'une révolution populaire, le Mali a adopté en 1991 un régime démocratique fondé sur le multipartisme, le pluralisme politique et idéologique ainsi que le respect des droits et libertés fondamentales du

citoyen. Ces valeurs ont été constitutionalisées à travers l'adoption en 1992 de la loi fondamentale par le peuple malien. L'article 26 de la Constitution dispose ainsi que: « la souveraineté nationale appartient au Peuple tout entier qui l'exerce par ses représentants ou par voie de référendum. Aucune fraction du Peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »<sup>11</sup>.

Le pays vient d'organiser pour la sixième fois des élections présidentielles interrompues pour celles de 2012 qui ont été effectives en 2013 après une transition suite à la crise et au coup d'Etat de mars 2012. On peut souligner à ce niveau qu'il existe un lien de cause à effet entre d'abord l'affaiblissement de l'Etat malien consécutif à la démocratisation à partir des années 1990<sup>12</sup>, ensuite la faillite du politique lors de la crise de 2012 et la percée politique du religieux musulman tel qu'elle s'est manifestée ces derniers temps. En effet, l'occupation des régions du Nord par les djihadistes et le coup d'Etat du 22 mars 2012 ont provoqué une quasi-disparition de l'Etat en tant qu'appareil. Ce vide politique de l'Etat a consacré l'éveil politique du religieux musulman.

Dans cet intermède, les religieux sont apparus comme les seuls dignes de la confiance et une force organisée capable de se faire entendre auprès des autorités et surtout des populations en désarroi. En effet, en plein cœur de la crise, le HCI a tenu un meeting géant en janvier 2012 au stade du 26 mars de Bamako. A ce propos, Gilles Holder, un anthropologue français, souligne à ce propos qu'« en déplaçant des foules pareilles, les religieux musulmans ont acquis un pouvoir autonome »<sup>13</sup>. Il récidive le 12 août 2012 par un autre meeting géant qui lui a permis d'obtenir au sein du gouvernement d'union nationale du 20 août 2012, le ministère des Affaires religieuses et du Culte dont la direction fut confiée au Dr Yacouba Traoré, membre et fils d'un membre influent du HCI. Récompense du rôle des religieux dans la crise ou nouvelle orientation de la politique religieuse de l'Etat ? En tout état de cause, les religieux islamiques sont devenus incontournables pour les hommes en quête de légitimité populaire, donc de pouvoir<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> La Constitution malienne du 25 février 1992.

<sup>12</sup> L. A. VILLALON, « Argument to Negotiation Constructing Democracy in African Muslim Contexts », in *Comparative Politics* 42:4 (July 2010).

<sup>13</sup> G. HOLDER, « Au Mali, la guerre des islamismes », in *Le Monde* du 28/01/2013.

<sup>14</sup> M. L. DEMBELE, « L'islam et le pouvoir au Mali du Moyen-Age à nos jours : entre apothéose, marginalisation et renaissance », *Revue africaine de science politique et sociale (RASPOS)*, n° 2- janvier-février-mars 2014, ISBN n° : 979-10-91817-03-5, EAN : 9791091817035, p. 9 à 48, éditions librairie juridique africaine.

**A. Elections présidentielles de juillet 2013 : les religieux musulmans, « faiseurs de roi »**

Les élections présidentielles dont le premier tour s'est tenu le 28 juillet 2013, et qui dans l'opinion générale étaient censées mettre définitivement un terme à la transition en dotant le pays d'une autorité légitime, ont été un autre moment fort dans la consécration du rôle politique des milieux religieux musulmans. C'est ainsi que nous avons assisté à un moment important pour les candidats à cette élection qui ont multiplié les visites, les discours et les slogans de campagne en vue de s'attirer les faveurs de l'électorat musulman. La plupart des candidats, avisés sur leurs poids déterminants sur l'issue de ces élections, ont épousé les discours et multiplié les gestes en faveur des religieux musulmans. C'est le cas particulier d'Ibrahim Boubacar Keita, candidat sous la bannière du Rassemblement pour le Mali (RPM) et grand vainqueur de ces élections. IBK, tout au long de cette campagne a multiplié dans ses discours de campagne les références islamiques, les longues minutes de récitation des versets coraniques en guise d'introduction, les apparitions médiatiques de l'homme posant avec le coran sur son bureau de travail et en lançant des formules chocs qui constituent autant de signaux à l'endroit de la communauté musulmane. Il a bénéficié du soutien des leaders musulmans et de manière ostentatoire de certains jeunes leaders musulmans qui ont créé un regroupement dénommé « SABATI 2012 » pour soutenir le candidat qui promet, à leurs yeux, les valeurs musulmanes et qui n'était autre qu'IBK. Finalement, à l'issue d'un second tour face à Soumaila, IBK l'emporte haut la main avec 77,62 % des voix le 11 août 2013.

**B. Deux approches différentes du soutien électoral**

Il y a lieu de souligner que durant cette campagne, les leaders musulmans ont été sollicités de s'exprimer sur leur soutien électoral, de répondre à la question de savoir s'ils donneront ou pas « une consigne de vote », et en faveur de quel candidat s'il le fallait. Ici, il convient de remarquer l'ambiguïté du discours des leaders religieux qui tout en excluant de donner un quelconque consigne de vote, jugent nécessaire leur implication en faveur de l'avènement d'un gouvernement légitime ou d'un homme capable diriger honnêtement et rigoureusement la nation.

Mahmoud Dicko, président du HCI avait déjà donné le ton lors d'une interview en 2011, bien avant le coup d'Etat de 2012. A la question : « Est-ce que comme en 2002, le Haut conseil va appeler à voter un candidat en 2012 ? » il répondait « On ne peut pas le faire ! Les gens racontent ce qu'ils veulent et on ne peut pas les empêcher de dire ce qu'ils veulent ! On ne peut pas non plus empêcher aux futurs candidats de vouloir nous rencontrer, de

parler avec nous ! Ce sont des choses qu'il faut gérer. Mais la responsabilité nous commande aujourd'hui un droit de réserve. Nous, on a un élément qui est président de la CENI (Commission électorale nationale indépendante). Vraiment ce que nous voulons et ce que nous pensons, je le dis très clairement : le Haut conseil ne donnera pas de consignes de vote pour quelqu'un, mais nous allons demander à ce que les gens votent très massivement pour le candidat de leur choix. Notre souci c'est d'abord rehausser le taux de participation aux élections ; donner confiance aux gens que les choses vont se passer dans de très bonnes conditions. En tout cas nous allons nous investir pour que ça soit ainsi pour que le régime qui sera issu soit fort, légitime. Nous allons nous employer pour ça. Mais dire que le Haut conseil va dire de voter x ou y, je vous donne l'assurance : on ne le fera pas. Tous les candidats sont égaux. En 2002, c'était le collectif, qui est un regroupement d'associations. Mais le Haut conseil a un caractère différent du collectif. Notre position aujourd'hui ne nous permet pas de donner des consignes de vote pour un candidat. On ne peut pas faire ça, ce n'est pas possible et je le dis très franchement ».

A la question suivante « Du terrain religieux vous vous êtes retrouvés sur un terrain politique, que comptez-vous faire à présent ? Voici sa réponse « Je ne sais pas comment on peut parler de terrain politique ? Des élections se passent dans notre pays. Pour qu'il y ait plus de transparence et des conditions apaisantes, on veut s'investir. Si des gens pensent que ça c'est de la politique, je n'en sais rien ! Qu'est-ce qu'on fait pour être citoyen ? Nous sommes des citoyens de ce pays, on ne peut pas nous empêcher ça. Est-ce que le fait qu'on soit religieux nous exclut notre devoir de citoyenneté ? ».

Cherif Ousmane Madane Haidara a tenu à peu près le même langage. C'est ainsi que dans son discours de clôture du deuxième congrès ordinaire de l'Association Ançar Dine, section du Mali, tenu du 13 au 16 mai 2013 au Palais de la Culture Amadou Hampâté Bah à Bamako, il a affirmé ceci : « Je n'échangerai pas la place que Dieu m'a octroyée contre un poste politique. Ce que Dieu m'a donné est suffisant, mais plus question de laisser le pays dans les mains de n'importe qui, qui l'entraînera encore dans le gouffre ».

Pour Haïdara, c'est sans nul doute les hommes politiques qui ont entraîné le pays dans le gouffre et il faut tout mettre en œuvre pour éviter un tel scénario. Pour cela, il va falloir, dit-il, s'impliquer dans le choix de l'homme qui sera appelé à diriger le Mali demain. Ainsi exhorte-t-il ses fidèles à se procurer la carte d'électeur, l'arme requise pour changer le Mali : « A vous tous, de Kayes à Kidal, allez-vous procurer de vos cartes d'électeurs dès votre retour dans vos foyers ».

C'est une attitude de prudence qui apparaît dans ces deux discours des deux figures de proue de l'islam malien. Ce qui traduit leur sens politique

élevé du fait de leur expérience relative aux vicissitudes du jeu politique. Cette attitude leur permet à la fois de contenter leurs fidèles (qui ont besoin d'être rassurés par un discours pragmatique) et de se ménager une marge de manœuvre concernant les choix politiques notamment leur distance avec le politique.

Contrairement à ces deux leaders, le chérif de Niono ainsi que les jeunes leaders musulmans réunis sous la bannière de Sabati 2012 ont ouvertement affiché leur préférence électorale en l'occurrence à l'endroit de IBK. Des informations de presse ont rapporté que le guide spirituel de Nioro, l'imam Bouyé Haïdara aurait en effet généreusement octroyé la somme de cent millions FCFA au groupe Sabati 2012 qui a soutenu officiellement la candidature d'Ibrahim Boubacar Keïta.

### ***C. Elections législatives de novembre 2013 : « du sang neuf dans l'hémicycle »***

Le premier tour de ces élections se sont tenues le 24 novembre 2013, soit trois mois après l'élection présidentielle. 6,5 millions d'électeurs étaient appelés à choisir 147 députés devant siéger dans l'Assemblée nationale. Quelle place pour le religieux et les religieux dans cette campagne ? Le *modus vivendi* de la participation des religieux était qu'il faut doter le Parlement d'hommes neufs capable de défendre le pays et d'éviter ce qu'il a pu connaître lors de la crise. L'autre argument mobilisateur, comme d'ailleurs chez ceux qui ont soutenu le président IBK, c'était de lui donner une majorité claire et nette afin de mener à bien son programme. D'après Chahanna Takiou, directeur de publication du bihebdomadaire *Le 22 Septembre*, « les musulmans ont infiltré toutes les listes et qu'il faudra s'attendre à un groupe parlementaire appartenant à la mouvance musulmane dans le parlement ».

Contrairement à l'élection présidentielle, où ils étaient dans une position de faiseur de roi, aux législatives, ils ont cherché à briguer la députation. Une stratégie de conquête de l'hémicycle par les mouvements religieux qui ont leur candidat disséminé sur la presque totalité des listes. Au terme des deux tours des élections législatives, la mouvance musulmane Sabati 2012 a eu quatre députés dont N'Doula Thiam, élu sur la liste RPM dans la commune IV du district de Bamako, Mahamadou Djiguiné, élu sur la liste RPM dans la commune VI du district de Bamako et le député du parti Yelema de Baraouli, élu dans le cadre de l'alliance URD, CNID et Yelema. A noter l'échec lors de ces législatives, d'un proche de Mahmoud Dicko, Mohamed Kimbiri, secrétaire à l'organisation du Haut conseil islamique, en commune V du district de Bamako.

En tout état de cause, cette crise a consacré manifestement leur participation politique. Ainsi, on est passé d'un islam de résistance durant la colonisation, à un islam d'accommodation tout au long de l'indépendance. A présent c'est un autre visage qui se profile avec un islam plus engagé qui après avoir montré sa présence sur les plans socio-économiques voire culturel fait sa mue vers l'espace politique. Cette conquête pose d'énormes défis tant pour la société et l'Etat que les milieux religieux (les rapports interconfessionnels) et au sein de l'islam lui-même (rapport intra-confessionnel) où les malékites sont décidés à reprendre le contrôle du HCI pour imprimer une orientation moins politique à l'organisation<sup>15</sup>.

***D. L'élection présidentielle de 2018 : les réservés, les loyalistes et « les alternatifs »***

L'élection présidentielle de 2018 dont le premier tour a eu lieu le 29 juillet 2018 et le second tour le 12 août 2018 s'est déroulée dans un contexte de fragilité socio-politique. On se souvient qu'en 2017, le président IBK a dû retirer son projet de réforme constitutionnelle sous la menace d'une opposition forte d'une coalition hétéroclite rassemblant des partis politiques d'oppositions et des organisations de la société civile. Cette crise politique s'est ajoutée à la crise sécuritaire qui ne connaît pas d'accalmie dans la mesure où l'accord d'Alger, signé depuis 2015, n'arrive pas à être réellement appliqué, en tout cas pas dans un rythme suffisamment soutenu pour produire des effets tangibles sur le terrain. La Cour constitutionnelle, l'instance de régulation des élections générales, a publié, en fin juin 2018, la liste des 24 candidats autorisées à briguer la magistrature parmi lesquels le président sortant pour un second et dernier mandat. Relevons rapidement ici que cette liste définitive en retenant tous les candidats ayant déposé leur dossier, a opté plutôt pour l'ouverture de la compétition politique qui se manifeste par la multiplicité des candidats.

Cette décision salubre de la Cour, ne peut que conforter le processus électoral et favoriser la représentation politique des différentes sensibilités du pays. De manière plus éclatante, elle témoigne de l'échec de la gouvernance du président sortant pour qui les nombreux candidats -notamment des anciens membres de son gouvernement et des collaborateurs- manifestent une sorte de défiance voire la déception politique à son égard. D'ailleurs on peut s'en convaincre en écoutant les discours et les programmes de ses adversaires avant et tout au long de la campagne électorale notamment le slogan « Boua

---

<sup>15</sup> G. HOLDER, « Un pays musulman en quête d'Etat-Nation » in *La Tragédie malienne*, sous la direction de Patrick GONIN *et al.*, Vendémiaire 2013, p. 152.

Ka bla » (le vieux doit lâcher), qui appelait le président à ne pas se (re)présenter.

Même si l'on peut par ailleurs regretter le nombre insignifiant de candidature féminine (une seule sur 24)<sup>16</sup> et surtout l'implication poussée des religieux sur la scène politique, confortant ainsi la tendance constatée ces dernières décennies. A ce propos, on peut distinguer trois tendances majeures en considérations des postures électoralistes manifestées depuis le début de l'année et surtout depuis le coup d'envoi de la campagne électorale le 30 juin dernier : les réservés, les loyalistes et les alternatifs.

Les réservés, ou plus concrètement, ceux qui s'efforcent de garder une certaine neutralité vis-à-vis du politique. Il s'agit essentiellement du cas d'Haidara, le guide spirituel d'Ancardine international, qui semblent observer une telle attitude. Plus particulièrement certains messages publiés dans les journaux et sur la page Facebook du guide font état de sa distance vis-à-vis des candidats en ne donnant aucune consigne de vote. Toutefois, comme en 2013, son discours est toujours circonspect, ce qui lui permet de ménager une certaine opinion qui veut que les leaders religieux restent dans leur posture de garants moraux de la société plutôt que des acteurs politiques.

Quant aux loyalistes, on retient les deux figures que sont Chouala Bayaya, un jeune prêcheur et le président de Sabati 2012, Moussa Boubacar Bah. Même s'il veut faire évoluer son mouvement vers un parti politique, il a affiché à la suite du congrès de son association, le 4 juillet 2018 à Bamako, son soutien au président IBK. Pour lui particulièrement, tout en reconnaissant certaines faiblesses de sa gouvernance président sortant (notamment l'attitude de l'Etat par rapport aux affaires de corruption autour de l'achat de l'avion présidentiel et les équipements militaires ainsi que la gestion calamiteuse des nombreuses grèves à travers lesquelles l'Etat refuse puis cède sur les revendications), il estime qu'il est important de lui donner l'opportunité de

---

<sup>16</sup> Aujourd'hui on reconnaît que la prise en compte du genre est une condition d'efficacité et d'équité des politiques économiques et sociales. La connaissance et la reconnaissance de la contribution des femmes et des structures de genre ont été favorisées par la conjoncture et l'évolution de la pensée du développement. L'échec des politiques de développement fondées sur un diagnostic macroéconomique a constitué un contexte favorable à l'émergence d'une pensée sur les fondements micro-économiques et sociologiques du développement. La remise en cause d'une perspective développementaliste qui revêtait un caractère ethnocentrique, a favorisé l'intérêt porté aux acteurs des pays du sud, à leur environnement et à leurs besoins. Pour plus de développement, voir IFAID-Aquitaine, *Prise en compte des approches du genre dans les interventions de développement* « Outils méthodologiques et fiches pratiques », Projet de capitalisation et de valorisation – diffusion des études et des données relatives au « genre », 2006, p. 81.

faire un second mandat puisqu'il a obtenu certains résultats louables à souligner d'après lui.

Il s'agit d'abord du redressement de l'armée grâce aux actions du pouvoir au triple plan de l'équipement, de la formation et de la sécurité sociale, ensuite des engagements du pouvoir au plan officiel aux côtés des responsables musulmans qu'illustrent, entre autres, l'octroi de places aux pèlerins de leurs associations respectives, l'octroi de passeports diplomatiques à certains leaders religieux et une écoute attentive sur les grandes préoccupations de la communauté ainsi que les nombreuses facilités informelles rendues à telles ou telles personnalités religieuses.

Pour la dernière catégorie, à savoir les partisans de l'alternance, une seule cause les réunit : la déception et la volonté farouche de changer de *leadership*. A cet effet, ils estiment que celui qui avait obtenu leur soutien en 2013, n'a pas été à la hauteur des attentes. Le plus emblématique d'entre eux et qui n'a pas caché sa nouvelle posture, est le chérif de Nioro, Bouillé qui a ouvertement appelé à voter pour Aliou Diallo, un homme d'affaire et candidat d'un parti politique (ADP-MALIBA) qui avait pourtant soutenu le président IBK en 2013. Lors du lancement de la campagne de M. Diallo, le représentant du chérif, s'en est expliqué en soulignant qu'ils ont opté pour Diallo en lieu et place d'IBK car ce dernier a « touché aux deniers publics, à l'argent des Maliens ».

Malgré les contestations, les résultats ont donné le candidat Ibrahim Boubacar Keita vainqueur au second tour avec 1 791 926 voix, soit 67,16 % contre le candidat Soumaïla Cissé avec 876 124 voix, soit 32,84 % des voix. Notons qu'avant et à l'issue de la proclamation officielle de ces résultats par la Cour constitutionnelle, le candidat malheureux a rejeté les résultats et s'est déclaré président de la république au regard de la fraude qu'il a constatée dans le processus.

## **II. Défis politiques et sécuritaires de l'islam politique au Mali**

Pour ne remonter qu'à la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, sous la colonisation, l'islam malien est traversé par un schisme profond avec l'avènement du wahhabisme introduit au Mali vers 1930. Par ses prises de positions particulières, par la dénonciation de l'islam confrérique, par la remise en cause des lignées maraboutiques et de leurs pratiques « occultes » et d'autres particularités rituels, cette tendance a poussé « l'islam traditionnel, malékite » dans la défensive qui a réagi en lui opposant des obstacles et une défiance qui ont abouti d'ailleurs à un pogrom anti-wahhabite en 1957

comme l'a bien démontré Jean-Loup Amselle<sup>17</sup>. Pour autant, les wahhabites ont persévéré dans leur agenda jusqu'à leur consécration avec l'avènement du régime militaire de Moussa Traoré.

Aujourd'hui, les tensions internes qui traversent l'islam au Mali se crispent autour de deux enjeux majeurs qui vont dessiner le nouveau rapport entre l'islam et l'Etat malien post-crise : d'une part, il s'agit d'une part de la réconciliation des musulmans du Mali ; d'autre part, c'est le défi lié à la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme religieux au niveau national et régional.

#### **A. La difficile réconciliation entre les musulmans du Mali**

Depuis l'indépendance, pour canaliser les forces musulmanes et mieux les contrôler, les gouvernements successifs ont opté pour une structure faitière destinée à fédérer les musulmans. C'est ainsi qu'en 1980, le régime militaire de Moussa Traoré va créer l'Association musulmane pour l'unité et le progrès de l'islam (AMUPI). Son successeur, Alpha Oumar Konaré, pour impulser une nouvelle dynamique et imprimer une nouvelle orientation plus adaptée au contexte et aux enjeux politiques de l'époque démocratique, va susciter la création en 2002 du Haut conseil islamique (HCI) en lieu et place de l'AMUPI. C'est le HCI qui est donc l'instance représentative des musulmans du Mali, la seule habilitée à parler au nom des musulmans toute tendance confondue.

De ce fait, la maîtrise de la direction de ces structures faitières devient un enjeu de lutte entre les différentes tendances de l'islam au Mali. Jusqu'à présent, les wahhabites sont parvenus à dominer ces structures, à prendre le *leadership* au sein de ces organisations. C'était le cas avec l'Association musulmane pour l'unité et le progrès de l'islam (AMUPI), qui leur permettait d'avoir « le monopole de la pensée » et d'orienter la politique religieuse en leur faveur. A ce sujet, Gilles Holder a noté que « sous le régime de Moussa Traoré, les wahhabites ont acquis une position privilégiée... [Ils] seront très actifs au sein des instances nationales de l'AMUPI en s'attachant à institutionnaliser et normaliser leur réforme... »<sup>18</sup>.

Après la révolution démocratique des années 1990 qui a vu la création en 2002 du Haut conseil islamique en lieu et place de l'AMUPI, ils ont momentanément perdu le *leadership*. En effet, le premier bureau a été dirigé de 2002 à 2008 par un malékite. Mais au renouvellement en 2008, les

---

<sup>17</sup> J.-L. AMSELLE « Le Wahabisme à Bamako (1945-1985 » *Canadian Journal of African Studies / Revue Canadienne des Études Africaines*, Vol. 19, No. 2. (1985), p. 352

<sup>18</sup> G. HOLDER, « Un pays musulman en quête d'Etat-Nation » in *La Tragédie malienne*, sous la direction de Patrick GONIN *et al.*, Vendémiaire 2013, p. 152.

wahhabites prendront le contrôle sous la houlette de Mahmoud Dicko. D'après Gilles Holder, « sur les trente-trois membres de ce bureau exécutif, trente sont réputés wahhabites »<sup>19</sup>. Dans un contexte de démocratisation et de réformes politiques, ils s'efforceront de mettre sur l'agenda politique national « la question de l'islam ». Le feuilletton du Code de la famille de 2009 jusqu'à son adoption le 02 décembre 2011<sup>20</sup> (Benjamin Soares, 2010), constituera un enjeu majeur et un moyen de défier l'Etat malien tout en écartant de l'échiquier national les représentants de l'islam malékite.

### ***B. Dépolitiser à tout prix le HCI ?***

La crise étatique de 2012 consécutive à la rébellion du Nord et l'occupation par les djihadistes, en favorisant une implication politique du HCI pour une sortie de crise sous la direction de Mahmoud Dicko, ont créé des dissensions au sein de la communauté musulmane. Cette situation a exacerbé les oppositions doctrinales. En effet, dans le sillage de cette crise, les malékites ont largement désavoué certaines attitudes et décisions prises par Mahmoud Docko qui sont apparus à leur yeux comme la volonté de ce dernier de se servir de l'islam pour arriver à des fins politiques et comme une tentative de récupérer le salafisme lors de l'occupation du nord par les djihadistes d'Aqmi. En effet, en janvier 2012, dans une interview accordée au journal *L'Aube*, le 19 janvier 2012, il se déclare en faveur d'une « République Islamique » au Mali sous réserve de respecter le jeu démocratique. De même sa lente réaction suite aux destructions par les djihadistes des mausolées de Tombouctou et surtout son initiative unilatérale d'organiser un atelier au sein du HCI en septembre 2012 pour établir une charte sur les conditions raisonnables d'application de la charia, destinée à établir le dialogue avec les djihadistes d'Ansar dine d'Iyag Ag ghalay et du MUJAO, ont fini par convaincre les Maliens de l'orientation inavouée des wahhabites.

Il convient de souligner que, même s'il s'est appuyé sur les religieux pour se hisser à la magistrature suprême, la politique religieuse du président Ibrahim Boubakar Keita, à certains moments, tendait à s'affirmer de plus en plus dans le sens d'un affranchissement de l'Etat vis-à-vis du religieux. Certes, il continue d'abuser de sa formule « inchallah », mais les discours de son ministre chargé des affaires religieuses et du culte laissent transparaître une politique de restauration de la laïcité de l'Etat. En effet, aussi bien à la veille qu'au jour du premier congrès ordinaire du HCI, tenu le dimanche 24

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> B. SOARES, « Attempt to Reform Family Law in Mali », *Die Welt des Islams*, n° 49 (2009), p. 398-428

février 2014, le ministre Thierno Oumar Hass Diallo a lancé un message d'apaisement entre les différentes tendances tout en les exhortant à faire preuve d'unité et de cohésion « afin de faire du prochain congrès ordinaire une réussite ». . En 2014, si au départ tout semblait indiquer le retour des malékites, finalement la révolution n'aura pas lieu puisqu'à l'issue du congrès de 2014, Mahmoud Dicko est réélu pour un autre mandat de cinq ans, certes affaibli par le retrait momentané « des gens » de Haidara<sup>21</sup>. D'ailleurs, pour tenir la balance entre les deux leaders musulmans, le président s'efforce de ménager chaque tendance comme l'illustre la désignation de Cherif Madani Haidara comme le parrain national de la 23<sup>ème</sup> édition du mois de la solidarité 2017 au Mali et l'octroi, après le Maouloud<sup>22</sup> de cette année, de 150 hectares de terrain à l'association que dirige celui-ci. Des décisions intervenues suite à la désignation officielle de Mahmoud Dicko aux fonctions de bons offices à Kidal quelque temps auparavant. La réconciliation sera pourtant difficile entre les deux camps tant les positions semblent inconciliables. C'est là l'un des plus grands défis de l'islam politique malien qui rejaillit sur l'ensemble des segments de la société malienne.

### ***C. Le défi lié à la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent***

L'autre défi majeur de la gouvernance religieuse au Mali est la radicalisation des groupes religieux liée plus ou moins à la stigmatisation (perception ou réalité, il est difficile de le mesurer) dont certains groupes religieux se sentent victimes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent. Même s'ils participent bon gré mal gré, signe de leur volonté de se démarquer des djihadistes, aux nombreuses initiatives gouvernementales, des organisations internationales et surtout de nombreuses ONG sur la lutte contre l'extrémisme violent, les leaders religieux dénoncent ce qu'ils pensent comme un anti-islam (le feuilleton sur *Charlie Hebdo*, le journal satirique en France est suffisamment illustratif). S'ils estiment mener leurs activités religieuses en toute légalité et en bonne intelligence avec les autres associations confessionnelles, les leaders craignent un amalgame et une restriction de leurs activités avec l'insécurité terroriste ambiante. C'est en tout cas les craintes du chargé à l'information de la Ligue islamique des

---

<sup>21</sup> Pour plus de développements, voir Gilles Holder, « Chérif Ousmane Madani Haïdara et l'association islamique Ançar Dine », *Cahiers d'études africaines* [En ligne], 206-207 | 2012, mis en ligne le 1<sup>er</sup> juillet 2014, consulté le 19 juillet 2018. URL : <http://journals.openedition.org/etudesafricaines/17056>.

<sup>22</sup> Célébration de la naissance du prophète Mahomet, autre point de discorde entre wahhabites et les tidjanis au Mali.

élèves et étudiants du Mali (LIEEMA) du campus de la Faculté des sciences techniques (FST) de l'Université des sciences techniques et technologiques de Bamako (USTTB) de Badalabougou, Monsieur Adama Gouanle selon lequel « Il est important de vous rappeler que nous sommes reconnues par l'État malien. De surcroît nous avons le droit de mener nos activités au sein de l'enceinte universitaire...pour autant, le Mali avec l'insécurité au Nord et l'exacerbation du terrorisme, nous avons d'énormes difficultés pour la mise en œuvre de nos activités. L'administration perçoit parfois très mal celles-ci, comme une propagande au terrorisme alors qu'il n'en est rien... »<sup>23</sup>.

En lançant, le 16 février 2014 à Nouakchott en République islamique de Mauritanie, le G5 Sahel, il s'agit pour ces cinq Etats fondateurs (la Mauritanie, le Mali, le Niger, le Tchad et le Burkina Faso), de garantir les conditions de paix, de sécurité et de développement durable partout et pour tous. Il s'agira à terme, selon le président tchadien, Idriss Deby « de faire des pays du G5 Sahel un espace économiquement intégré, socialement prospère, culturellement riche, où la sécurité et la paix règnent durablement, en se fondant sur l'état de droit, la bonne gouvernance et la démocratie, par la création d'une communauté moderne ouverte à l'innovation et à la technologie, unie, solidaire et tolérante, contribuant efficacement à l'amélioration constante de la qualité de vie de toutes ses populations à tous les niveaux »<sup>24</sup>. Il ressort de ces propos que le but de la création du G5 Sahel n'est pas seulement d'assurer la sécurité au Sahel mais aussi de favoriser l'intégration, d'encourager l'innovation et la technologie dans le respect de la personne humaine et de la démocratie au sein de la communauté. En outre, cela signifie que les objectifs du groupe des cinq du sahel sont de promouvoir la paix et la sécurité pour permettre un développement durable des pays membres.

\*  
\* \*

L'élection au Mali de cette année a tristement montré les faiblesses structurelles de la société civile malienne<sup>25</sup> qu'elle soit religieuse ou laïque.

---

<sup>23</sup> Interview réalisée le 2 juin 2017 à la Faculté des sciences techniques de l'USTTB, à Bamako.

<sup>24</sup> Propos de monsieur Idriss Deby Itno, président de la République du Tchad, président en exercice du G5 Sahel de 2015 à 2017 tirés de « Stratégie pour le développement et la sécurité des pays du g5 sahel », p. 3.

<sup>25</sup> B. CAMARA, « Les organisations de la société dans le processus démocratique au Mali », *Annales Africaines*, nouvelles séries, volume 1, décembre 2014, UCAD, Dakar, Sénégal.

En effet, le bilan est dramatique pour beaucoup d'organisations qui ont implosé suite aux choix politiques de soutenir ou de ne pas soutenir le président sortant. Pire, cette déconfiture n'a pas été un facteur favorable à la mobilisation électorale des populations maliennes, lesquelles assaillies par près d'une décennie de gouvernance cahin-caha et plus préoccupées par la recherche du pain quotidien, se sont résolues de mettre leur destin entre les mains du Bon Dieu !

En clair l'enjeu semble tuer le jeu puisque la multiplicité des candidatures n'était pas synonyme de la multiplicité des programmes politiques. Comme on pouvait s'y attendre, au lieu de favoriser l'émergence de personnalité forte et consensuelle capable de mettre en œuvre des solutions hardies pour sortir de la crise, l'élection de 2018, a montré, une fois de plus, l'une des maladies infantiles de la démocratie et le défaut structurel des états francophones africains : l'effet désagréant du mécanisme électoral<sup>26</sup>. C'est pourquoi nous convenons avec Krasner que « State-building, much less democratization, is an extremely complex task that can only be successful if there are local political elites that are powerful and that share the vision of external interveners. The West, its governments, NGOs and corporations have improved health in many areas of the world where interventions are often relatively simple and where they have strong local support<sup>27</sup>. La communauté internationale doit tout mettre en œuvre pour favoriser l'émergence d'une telle personnalité.

Ce qui est à craindre pour le futur, c'est une situation délétère au nord et au centre du pays que l'accord d'Alger, qui piétine depuis 2015, n'arrive pas à juguler faute de moyens et de volonté politique<sup>28</sup>. Dans le repli de la force des arguments tels qu'il nous est donné de constater ces derniers temps (la

---

<sup>26</sup> On convient Naffet KEITA qui souligne à juste titre que « Si l'amorce du processus démocratique en 1991 devait permettre aux partis politiques d'occuper et d'animer l'espace public, leur prolifération-multiplication, après deux décennies, à travers des scissions-retours, fusions et recompositions, la multiplication de candidatures, la transhumance d'élus, ont fini par fragiliser le jeu partisan et obéré l'institution présidentielle. L'une des conséquences de l'émiettement du cadre multi partisan a permis le développement d'un appel du local aux relents ethnicistes, régionalistes et communautaristes... » voir Naffet KEITA, « Paix et stabilité politique en Afrique de l'Ouest : le cas du Mali », 2015, p.5

<sup>27</sup> Stephen D. KRASNER and Thomas RISSE, « Well-governed failed states? Not an oxymoron! », Disponible sur <http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2014/10/01/well-governed-failed-states-not-an-oxymoron/>, publié le 1<sup>er</sup> octobre 2014, p.3

<sup>28</sup> Rapport du secrétaire général sur la situation au Mali, 28 mars 2016, S/2016/281, p. 11.

Mamadou Lamine Dembélé

faillite consommée du politique, le début amorcé de la décrédibilisation des leaders religieux), craignons que l'argument de la force ne prenne le dessus.

**LA RECEPTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'UEMOA ET  
DE LA CEDEAO EN MATIERE DE TIC EN DROIT MALIEN  
ET BURKINABE**

**Dr Harouna Diallo,  
enseignant chercheur à la Faculté de droit public,  
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)**

En Afrique francophone en général, dans le cadre de l'Etat-providence<sup>1</sup>, l'autorité publique ne s'est pas contentée de créer un cadre juridique général à l'intérieur duquel les parties privées étaient libres de négocier elles-mêmes des accords. Les pouvoirs publics<sup>2</sup>, au travers d'une vision instrumentale du droit, ont utilisé les lois et les règlements pour réguler la vie quotidienne<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> L'État-providence : contrairement à l'État-gendarme, l'État-providence est un État interventionniste. D'une part il réglemente les activités des particuliers ; d'autre part il exerce lui-même des activités normalement réservées aux particuliers : enseignement, transports, assurances. L'État-providence, c'est l'État bienfaiteur qui vient en aide aux couches sociales les plus défavorisées : chômeurs, personnes âgées, malades. Les principales causes de l'avènement de l'État-providence sont les deux guerres mondiales 1914-1918 et 1939-1945 ainsi que les différentes crises économiques survenues depuis 1929. Les conséquences de ces guerres et crises ont poussé les individus à demander à l'État de leur venir en aide, au lieu de s'abstenir. D'où la consécration par la plupart des Constitutions dont la Constitution malienne du 25 février 1992, des droits économiques et sociaux : droits au travail, à la santé, à l'éducation. L'exercice de ces droits implique l'intervention de l'État dans la vie quotidienne des citoyens

<sup>2</sup> Pouvoirs publics : terme qui désigne les autorités qui déterminent et conduisent l'action de l'État. Dans un sens plus restrictif, la puissance publique désigne le pouvoir exécutif du gouvernement. Les autorités qui ont le pouvoir d'élaborer et imposer des règles aux citoyens. Cependant, l'étude de la Constitution permet de se faire une idée de l'étendue des prérogatives des pouvoirs publics. Trois conceptions des pouvoirs publics se sont succédé dans le temps tout en se chevauchant aujourd'hui : la première est une conception classique (Montesquieu) selon laquelle l'État qui dispose du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire doit en assurer leur séparation afin de garantir un régime démocratique. Dans une conception plus moderne (Constitution française de 1958 par exemple) les pouvoirs publics correspondent aux organes créés ou mentionnés par la Constitution et dont le statut est établi par des lois organiques. Les

En effet, les difficultés que traverse l'Etat social<sup>4</sup> se traduisent par une crise d'efficacité, de rationalité, de légitimité et enfin d'identité et cela est perceptible au Burkina-Faso et au Mali. Les crises économiques successives et la dette publique ont mis en panne la machine distributive, outil de rééquilibrage social<sup>5</sup>. « Sur le plan politique, la légitimité de l'Etat est fragilisée dès lors que celui-ci n'apparaît plus en mesure de tenir ses objectifs. De plus, l'Etat social est menacé par la désaffectation de sa base sociale, c'est-à-dire les travailleurs qui se trouvent privés de statut social parce que sans emploi ou parce qu'ils occupent un emploi précaire. Cette crise atteint aussi le système juridique et les règles de droit sont perçues comme complexes voir incompréhensibles, proliférantes et éphémères, inefficaces et absurdes » sonnante comme la fin du paradigme ancien<sup>6</sup>.

Dans un contexte sous régional où les normes communautaires se multiplient et entraînent la nécessité d'une incorporation de ce droit international dans les droits nationaux, il est indiqué de s'intéresser à la manière dont les ordres juridiques internes accueillent le droit communautaire. En effet, bien que la supériorité de ce droit soit intégralement reconnue, elle est susceptible de demeurer théorique sans sa mise en œuvre au niveau étatique. La diversité des solutions nationales rendant impossible une analyse générale de tous les Etats des différents regroupements communautaires, nous nous limiterons aux pratiques dans deux pays de l'Afrique de l'Ouest que sont le Mali et le Burkina Faso. Cette comparaison présente un intérêt dans la mesure où les

---

3 pouvoirs sont bien évidemment séparés mais ils doivent collaborer entre eux pour le bon fonctionnement des institutions.

<sup>3</sup> Voir Fondation roi Baudouin, 2001, 31 et 32. *A qui de droit, Vers une relation de qualité entre le citoyen, le droit et la société*, 2001, n° 31 et 32 ; François OST, « Au carrefour de l'autonomie et de l'hétéronomie, de la délibération et du marchandage : la négociation », in *Droit Négocié, droit imposé*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 72, Bruxelles, 1996, p. 11 à 13.

<sup>4</sup> Dans l'opinion publique, l'Etat social est souvent confondu avec l'Etat-Providence ou « welfare state » qui désigne une dimension fondamentale des Etats modernes industrialisés cherchant à réguler les forces du marché pour maintenir la paix sociale en poursuivant un double objectif : celui de la « protection sociale » (assurances contre les risques et les aléas de la vie) et celui de la « justice sociale » (redistribution des richesses). Dans la pratique, l'Etat social articule donc une régulation de l'économie de marché avec le développement des droits de l'homme et des droits sociaux.

<sup>5</sup> B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la postmodernité », in *Réseau*, n° 88-90, 2000, p. 46.

<sup>6</sup> Fondation Roi Baudouin, *A qui de droit, Vers une relation de qualité entre le citoyen, le droit et la société*, 2001, 31 et 32 ; *op. cit.*

dispositions normatives et les interprétations jurisprudentielles qui procèdent de ces droits positifs débouchent très souvent sur des hiérarchies distinctes.

La primauté de la norme communautaire n'est pas toujours assurée au niveau national malgré le risque pour l'Etat de voir sa responsabilité internationale engagée car son droit interne ne peut justifier la non-exécution d'une obligation internationale<sup>7</sup>. Et pourtant il devient de pratique constante que les normes communautaires n'accèdent pas à la primauté qui en constitue la règle de domestication dans ces deux pays.

Avant d'analyser les deux ordres nationaux qui, héritiers d'un passé colonial commun, et présentent des similitudes institutionnelles, il est ici important de rappeler brièvement les doctrines relatives aux rapports entre le droit international et le droit interne pour ensuite définir la notion de domestication des normes communautaires et plus spécifiquement des traités<sup>8</sup>.

Les deux thèses doctrinales concernant la réception du droit international sont le dualisme et le monisme<sup>9</sup>. La conception dualiste appréhende les droits en cause comme deux systèmes distincts, égaux mais indépendants. Pour intégrer l'ordre juridique interne, la règle internationale doit être reprise par une norme nationale.

La doctrine moniste, quant à elle, considère que le droit international et le droit interne font partie d'un système juridique unique et le premier s'incorpore, en tant que tel dans les ordres juridiques nationaux. Deux sous-théories monistes s'opposent selon que prime le droit international ou le droit interne. Ainsi, la détermination de la place du droit international dans les hiérarchies normatives internes est une problématique qui ne se pose que dans les Etats monistes. En effet, selon la conception dualiste, le conflit susceptible de subvenir au niveau national ne concerne que des normes nationales.

Du coup, se pose d'emblée la question de l'applicabilité des sources internationales dans un Etat donné, afin d'identifier les conditions qui doivent être réunies pour que ces règles puissent être appliquées dans un ordre juridique donné. Ces exigences sont de deux ordres : formel et matériel.

---

<sup>7</sup> Ce principe est consacré, d'une part, dans la déclaration de 1949 de la commission du droit international relative aux droits et aux devoirs des Etats et, d'autre part, dans la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. La France et les Etats-Unis n'ont pas ratifié cette dernière convention, mais ils en acceptent certains éléments.

<sup>8</sup> Notre étude fait abstraction des actes des organisations internationales et de la place attachée au droit international non écrit réunissant les coutumes et principes généraux internationaux. Elle portera beaucoup plus sur les traités.

<sup>9</sup> Sur ces deux concepts, voir J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 180-186.

L'applicabilité formelle se rapporte aux modalités et aux procédures particulières prévues par les Etats pour que le droit international s'incorpore en droit interne. L'applicabilité matérielle renvoie à l'idée qu'une disposition internationale doit avoir des effets directs dans l'ordre interne pour entrer en conflit avec une norme nationale<sup>10</sup>. Il s'agit d'apprécier si le droit international crée directement, sans aucune mesure d'exécution, des droits et des obligations dans le chef des particuliers qui peuvent les invoquer devant leurs autorités nationales.

Cette idée des règles internationales « self-executing » apparaît pour la première fois, en 1829, dans les propos du juge Marshall de la Cour suprême des Etats-Unis<sup>11</sup>. Elle est depuis lors appliquée par la jurisprudence américaine et par les juges de nombreux pays dont la France et la Belgique<sup>12</sup>. De façon générale, deux critères sont développés<sup>13</sup>. Le premier est subjectif et se réfère à l'intention des parties de conférer des droits subjectifs aux particuliers, alors que le second est objectif et renvoie au contenu de la norme, à son degré suffisant de clarté et de précision.

Reste évidemment que l'on peut disserter sans fin sur l'existence d'un "monisme tempéré" et d'un "dualisme souple", voire soutenir que le monisme n'est qu'une modalité du dualisme puisqu'il résulte d'un choix constitutionnel ou jurisprudentiel interne. Le foisonnement d'organisations d'intégration économique liant le « droit national » au « droit global » est une réalité de la structuration des économies dans un contexte de globalisation. En effet, avec le processus de « recomposition de l'environnement juridique mondial sous les auspices des lois du marché »<sup>14</sup>, on assiste à une émergence de nouveaux

---

<sup>10</sup> Le droit international non directement applicable, a certains effets internes, mais ceux-ci se limitent à une « prise en considération » pour appliquer et interpréter une norme interne. Voy. H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1996, p. 36.

<sup>11</sup> Cour suprême, *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253, 314 (1829). La prudence s'impose car les juges emploient ce terme dans deux sens distincts. Voy. I. BROWNIE, *Principles of public international law*, 6<sup>ème</sup> éd., Oxford et New York, Oxford University Press, p. 48.

<sup>12</sup> Le juge Marshall crée le concept en 1829, mais les mots « self-executing » n'apparaissent dans une opinion de la Cour qu'en 1887. Voy. D. CARREAU, *Droit international*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Pedone, 2007, p. 451-456.

<sup>13</sup> P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 416-417 ; E. CLAES et A. VANDAELE, « L'effet direct des traités internationaux : une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2001, p. 410-491.

<sup>14</sup> A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, n°2-2004, p. 198.

paysages normatifs qui « semblent s'orienter vers une gestion communautaire des intérêts nationaux »<sup>15</sup>.

Dès leur accession à l'indépendance, les pays africains avaient envisagé une coopération et une intégration plus forte<sup>16</sup>. L'idée d'intégration est intimement liée à l'histoire des Etats africains avec près d'une quarantaine d'organisations inter gouvernementales dont certaines tirent leur origine de la période coloniale<sup>17</sup>. La genèse de l'intégration a été fortement marquée par des oppositions idéologiques entre les dirigeants africains dues essentiellement à la bipolarisation du monde<sup>18</sup>.

En effet au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, alors que l'Afrique était encore sous le joug colonial, des activistes issus essentiellement de la diaspora noire, ont posé les premières réflexions sur l'avenir du continent. Dès lors le concept de panafricanisme<sup>19</sup> allait naître, ayant pour ambition de réaliser l'unité du continent africain. Cependant dans la marche vers l'union, il s'est ancré une

---

<sup>15</sup> A. CISSE, *ibid.*

<sup>16</sup> P. MEYER, « Les conflits de juridictions dans l'espace OHADA, UEMOA, CEDEAO » in *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, Actes du séminaire sous régional, Ouagadougou, 6 - 10 octobre 2003, p. 177.

<sup>17</sup> M. DIOUF, *Intégration économique, perspectives africaines*, Dakar, Nouvelles Editions africaines/Publisud, 1984, p. 77.

<sup>18</sup> Il faut rappeler que l'après seconde guerre mondiale (1939-1945) est marquée par une partition du monde entre deux blocs qui influencent fortement les options politiques et économiques des jeunes Etats indépendants en Afrique. Le bloc socialiste dirigé par l'ex Union soviétique prônant une démocratie populaire et le bloc capitaliste sous le *leadership* américain fondé sur la conception de démocratie libérale avec en son sein les anciennes puissances coloniales comme la France ou la Grande Bretagne.

<sup>19</sup> Le panafricanisme est considéré comme un mouvement politique et une doctrine qui tendent à favoriser le rapprochement et l'union des pays, des peuples et des cultures africaines. Le panafricanisme est né d'une idée politique et d'un mouvement qui promettent et encouragent la pratique de la solidarité entre les Africains où qu'ils soient dans le monde. Il est à la fois une vision sociale, économique, culturelle et politique d'émancipation des Africains en un mouvement qui vise à unifier les Africains du continent et ceux de la diaspora dans une communauté africaine globale. Le mot « panafricain » est apparu à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle lors de la préparation de la première conférence panafricaine de 1900. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, des figures telles que Benito Sylvain ou W.E.B. du Bois contribuent à l'affirmation politique du projet panafricain. Avec la décolonisation, celui-ci prend une ampleur nouvelle et se retrouve incarné par des dirigeants comme Kwamé Nkrumah, Modibo Keita, Julius Nyerere et autre Hamed Sékou Touré. Encore aujourd'hui, le panafricanisme s'exprime en Afrique comme dans les anciennes puissances coloniales dans des domaines politique, économique, littéraire ou sportif. L'Union africaine est aujourd'hui la plus large organisation panafricaine.

différence de point de vue, qui a donné naissance à l'existence de deux tendances qui vont bipolariser la scène politique africaine avant et au lendemain des indépendances : le groupe de Monrovia (Liberia) et celui dit de Casablanca (Maroc)<sup>20</sup>.

Pour les tenants de la première tendance, celle dite de Monrovia qui adoptaient en décembre 1961 une charte de coopération africaine à vocation régionale, il n'était pas question de réaliser l'unité politique, mais une intégration par cercles concentriques à l'échelle des régions. Celle-ci n'entraîne pas, bien sûr, un abandon de souveraineté, dès lors que chaque Etat, chaque population devait garder sa propre identité, sa propre culture constitutionnelle.

Pour la seconde tendance, en l'occurrence les panafricanistes radicaux du groupe de Casablanca, il fallait instituer une intégration réelle à l'échelle du continent. Alors que les premières organisations dites de la « première génération » étaient caractérisées par « l'inter gouvernementalisme », les institutions qui vont suivre, présentent dans leurs caractéristiques une dose prononcée de supranationalité et une part de plus en plus importante prise par le droit dans le traitement des questions qui entrent dans le champ d'application de la compétence de l'Union.

La supranationalité, telle que définie dans son essence par P. Meyer<sup>21</sup> est un système institutionnel et normatif qui permet de privilégier le bien commun, c'est-à-dire celui de la communauté, par rapport aux intérêts nationaux<sup>22</sup>. En effet l'intégration est apparue aujourd'hui pour les peuples d'Afrique, comme le meilleur moyen pour relever le défi du développement dans un monde entièrement globalisé. Les Etats africains, longtemps enfermés dans un carcan d'espace économique étroit, ont senti l'extrême urgence de dépasser le cadre de leur souveraineté nationale, pour résoudre les problèmes structurels, faire face aux enjeux politiques, économiques et sociaux imposés par le nouvel ordre mondial qui se manifeste à travers le phénomène de mondialisation ou de globalisation<sup>23</sup>.

A l'image de l'Union européenne (UE), de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en Amérique du Nord, ou du Marché commun du Sud (MERCOSUR) en Amérique du sud, les Etats africains n'ont pas voulu

---

<sup>20</sup> A. K. BERRAMDANE, *Le Maroc et l'Occident*, Paris, Karthala, 1987, p. 154.

<sup>21</sup> Dans son article « Les conflits de juridictions dans l'espace OHADA, UEMOA, CEDEAO », in *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, Actes du séminaire sous régional, Ouagadougou, 6-10 octobre 2003, p. 177.

<sup>22</sup> P. MEYER, *ibid.*

<sup>23</sup> A. de VASCONCELOS, « L'Union européenne et la régionalisation du système international », *Mélanges en hommage à Jean- Victor Louis*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2003, Vol. II, p. 39-57.

rester en marge de l'intégration des marchés souvent très étriqués dans leur dimension nationale.

C'est ainsi que le phénomène de l'intégration a aujourd'hui structuré l'Afrique en différentes communautés. Il existe en effet plusieurs institutions à vocation régionale en Afrique<sup>24</sup>. L'on enregistre à titre illustratif, au centre, la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) créée en 1994, à l'Est, le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) établi depuis 1994, au Nord, l'Union du Maghreb arabe<sup>25</sup> (UMA) créée en 1989, et enfin dans la partie ouest de l'Afrique, où nous invite notre sujet, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) créée en 1975 et l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) qui existe depuis 1994. En outre, depuis 1993 une nouvelle institution est venue agrandir le cercle des organisations internationales africaines ; l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Comme son nom l'indique cette dernière a une ambition continentale.

Notre propos sera centré sur le droit communautaire procédant de l'UEMAO et de la CEDEAO puisque les deux systèmes juridiques malien et burkinabé qui nous intéressent, relèvent de ces deux espaces d'intégration. Le droit communautaire est un ensemble de dispositions contenues dans les différents traités constitutifs d'organisations internationales d'intégration et dans les textes élaborés par les organes communautaires de cette structure<sup>26</sup>. Ces normes interviennent dans des domaines variés soit pour harmoniser les législations nationales, soit pour les coordonner. Le droit communautaire est la résultante des processus d'intégration.

Dans notre cas, on peut affirmer que l'intégration est la fusion de certaines compétences étatiques dans un organe supra étatique ou supra national<sup>27</sup>, ou encore l'intégration est considérée comme la fonction d'une structure supra

---

<sup>24</sup> Sur ces organisations, cf. A. SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, thèse de doctorat en droit, Université de Genève, département de droit constitutionnel, 6-Mars-2009, p. 288-292.

<sup>25</sup> L'UMA qui se trouvait en "état de mort clinique" (compte tenu que son dernier sommet remonte à 1996) semble être en train de se réveiller. En effet les pays membres se sont réunis à Rabat au Maroc le 18-février-2012 afin de donner un nouveau souffle à l'UMA. Faut-il remarquer que depuis 2012, l'institution communautaire nord-africaine ne s'est plus réunie.

<sup>26</sup> Ch. EUZET, *Relations internationales*, Paris, Ellipses, 2004, p. 63.

<sup>27</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1995, 10<sup>e</sup> éd., p. 311.

étatique qui vise à unifier progressivement des mécanismes appropriés, à l'économie, voire le système politique des Etats- nations membres<sup>28</sup>.

Marius Ibriga identifie trois types de sources du droit communautaire de l'UEMOA à savoir : le droit primaire, le droit dérivé et le droit subsidiaire<sup>29</sup>. Le droit primaire constitue le droit constitutionnel de l'organisation parce que ce droit détermine les compétences et pouvoirs des différents organes et la nature des actes pris par ces derniers. Le droit primaire est constitué par le traité de Dakar du 10 janvier 1994 et des protocoles additionnels adoptés depuis la création de l'Union. Ainsi nous avons le protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, le protocole additionnel n° 2 relatif aux politiques sectorielles de l'UEMOA, le protocole additionnel n° 3 instituant les règles d'origine des produits de l'UEMOA, et le protocole additionnel n° 4 modifiant et complétant le protocole additionnel n° 2 relatif aux politiques sectorielles de l'UEMOA.

Le droit communautaire dérivé se compose des différentes normes émanant des organes communautaires : actes additionnels, règlements, directives, décisions, recommandations et avis. Le droit communautaire se fonde également sur des sources jurisprudentielles, et notamment sur les principes généraux du droit, qui revêtent une importance capitale dans le domaine des droits fondamentaux dont le respect est affirmé par le traité de l'UEMOA à son article 3. Cette catégorie constitue le droit subsidiaire.

Dans une de ses communications, Djedjro Francisco Meledje remarque que « les questions se rapportant au droit communautaire ont été examinées exclusivement sous un angle strictement formel mettant en avant le contenu des normes, les procédures d'application des normes, l'articulation entre les institutions et entre les normes. Un accent particulier est alors mis sur le phénomène de judiciarisation du droit communautaire, un droit pourtant si jeune, et peut-être précoce »<sup>30</sup>. Partant, la formalisation des normes communautaires demeure une condition *sine qua non* de l'existence du droit communautaire mais l'insertion desdites normes dans les mœurs juridiques des Etats parties n'en demeurent pas une condition d'un droit communautaire pérenne.

---

<sup>28</sup> J. SALMON, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 551.

<sup>29</sup> L. M. IBRIGA, *Cours de Droit Communautaire Ouest-africain*, 4<sup>e</sup> année de Droit, USTA, faculté de droit, p. 27.

<sup>30</sup> Djedjro Francisco MELEDJE in « *L'appropriation des normes communautaires par les milieux universitaires et le monde judiciaire* », Troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de « l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et de l'OHADA », Dakar 4, 5, 6 mai 2010.

Analyser la question de la « domestication » des normes communautaires revient donc à s'interroger non seulement sur l'incorporation des normes communautaires, leur intégration, leur « incrustation » dans l'ordonnement juridique interne des Etats membres de ces organisations mais également l'insertion de ces normes dans les pratiques judiciaires. C'est une sorte de « nationalisation »<sup>31</sup>, d'adaptation de normes internationales à la charge des Etats membres de ces organisations et de toutes leurs autorités : autorités législatives, administratives, judiciaire et de tous les justiciables d'une façon générale. **Comment le Burkina Faso et le Mali s'acquittent-ils de l'obligation de transposition des normes communautaires dans leur droit interne respectif ?**

Avant tout, il faut en effet que les textes nationaux soient conformes aux normes communautaires ; l'expression « transposition des textes communautaires » procédant d'une analyse traduisant le processus d'appropriation du droit. Les historiens du droit expliquent que la diffusion du droit romain au XII<sup>ème</sup> et XIII<sup>ème</sup> siècles, en Italie et dans le sud de la France s'est opérée à travers l'activité des marchands ainsi que la pénétration des droits savants dans la pratique<sup>32</sup>. Le monde des affaires est, en effet aujourd'hui comme hier, en général porté vers une logique d'extension de ses activités et par conséquent de soumission, certes pas toujours loyale à la *lex mercatoria*<sup>33</sup>. Ce monde continue donc, à sa manière, de diffuser le droit communautaire. Cet aspect de la diffusion du droit communautaire, de son appropriation est à analyser dans les deux systèmes juridiques du Burkina Faso et du Mali. Mais c'est surtout l'influence des juristes qui permet le développement du droit<sup>34</sup>. L'appropriation des normes communautaires dans leur pureté est effectuée puis renforcée à travers les droits positifs des deux pays.

---

<sup>31</sup> L'expression est de Djedjro Francisco MELEDJE, agrégé des Facultés de droit, professeur titulaire de droit public et de science politique, Faculté de droit, Université de Cocody, Abidjan, Côte d'Ivoire.

<sup>32</sup> Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit*. Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 3e édition, 2001. p. 138 et s. Jean-Louis THIREAU, *Introduction historique au droit*. Paris, Flammarion, Collection Champs Université, Deuxième édition, 2003. p. 145 et s.

<sup>33</sup> *Lex mercatoria* : appelée également "droit des marchands" ou encore "droit des praticiens", la *Lex mercatoria* est constituée de règles professionnelles propres sans référence à un droit déterminé. C'est-à-dire qu'elle s'appuie sur des usages et des principes largement reconnus et respectés, sur des usages observés entre commerçants, sur des contrats-types et des principes consacrés par les sentences arbitrales rendues en matière de commerce international.

<sup>34</sup> Jacques ELLUL, *Histoire des institutions*. Le Moyen Âge. Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1999. p. 347 et s.

On constate ainsi que l'appropriation du droit communautaire procède aussi bien de la judiciarisation de ce droit que du besoin de plus de justice dans le cadre de démocratie en crise tant au Mali qu'au Burkina-Faso, la domestication se réalise dans un contexte de conflit et de complémentarité entre normes nationales et normes communautaires formalisant cette domestication de façon légale (I) et en la matérialisant par la judiciarisation (II).

### **I. La difficile intégration du droit communautaire des TIC**

L'applicabilité directe et la primauté du droit international dans un ordre juridique étatique ont fait l'objet durant ces dernières décennies d'une législation particulièrement abondante. L'explication de cet intérêt procède surtout de l'importance fondamentale qu'ont eue ces mécanismes pour le développement du droit communautaire, ainsi que pour assurer l'effectivité des traités CEDEAO et UEMOA en termes de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sans doute faut-il aussi y voir une tentative renouvelée de remettre de l'ordre dans des concepts qui ont parfois été utilisés à tort et à travers, tant par la doctrine que la jurisprudence.

Dans un contexte d'abondance accrue de normes communautaires, notre présente démarche se fixe un double objectif. Le premier consiste à faire la synthèse systématique de la position des ordres juridiques burkinabè et malien à la lumière du droit communautaire. Nous tentons de retracer en parallèle l'évolution de la position de ses différents acteurs institutionnels, à savoir le pouvoir constituant, la doctrine et la jurisprudence des deux pays qui formalisent dans une procédure préalablement indiquée la domestication (A). Le second objectif est de soulever des questions pratiques relatives aux procédures de transposition des normes communautaires dans une procédure typée (B).

#### **A. Les normes communautaires en matière de TIC**

L'insertion dans l'ordre interne du droit communautaire originaire obéit à une procédure d'application médiate. Analysant l'applicabilité des traités internationaux, M. Abdoulaye Soma<sup>35</sup> remarquait avec pertinence que les règles des droits de l'homme internationalement acceptées par un Etat, en tant que normes conventionnelles, ont vocation à s'appliquer dans

---

<sup>35</sup> Abdoulaye SOMA, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso », in *African Yearbook of International Law*, vol. 16, 2008, p. 313-342.

l'ordonnement juridique interne de cet Etat<sup>36</sup> : soit l'Etat est moniste<sup>37</sup> et ces règles sont d'applicabilité immédiate<sup>38</sup>, soit il est dualiste<sup>39</sup> et alors pèse sur lui l'obligation de résultat<sup>40</sup> d'introduire dans son ordre juridique interne les traités relatifs aux droits de l'homme<sup>41</sup>, ce qui est un principe général du droit international<sup>42</sup> fondé sur la règle *pacta sunt servanda*<sup>43</sup>.

Déterminer le régime auquel adhèrent le Burkina Faso et le Mali revêt un intérêt si l'on veut invoquer devant une juridiction nationale un droit humain consacré dans un instrument international auquel sont parties le Burkina Faso

---

<sup>36</sup> Marco SASSOLI, « Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : une comparaison », in *A.S.D.I.*, 1987, p. 34-61.

<sup>37</sup> La théorie moniste considère qu'il n'y a qu'un seul ordre juridique se préoccupant à la fois des questions internes et internationales qui sont inextricablement indissociables. A ce titre, les différences qui peuvent exister entre le droit international et le droit interne sont moins de nature que de degré ; et en fonction des sensibilités doctrinales, le monisme, qui peut être radical ou modéré, peut aussi être à primauté du droit interne ou à primauté du droit international. Cf. Denis ALLAND, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, p. 355 et s.

<sup>38</sup> Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 115 et s.

<sup>39</sup> Le dualisme, incarné par Triepel et Anzilotti, conçoit le droit international et le droit interne comme constituant deux ordres juridiques radicalement distincts, indépendants et égaux ; le premier s'adressant aux organes de l'Etat chargés des relations internationales et non aux particuliers pour lesquels il n'établit directement ni droits ni obligations. L'inexistence d'une interaction entre ces deux systèmes, induit qu'une règle internationale ne peut avoir d'efficacité en droit interne qu'à la condition d'y avoir été expressément réceptionnée et transposée. Hubert THIERRY, Serge SUR, Jean COMBACAU et Charles VALLEE, *Droit international public*, Paris, éd. Montchrestien, 1986, p. 180.

<sup>40</sup> Max SORENSEN, *Obligations d'un Etat partie à un traité sur le plan de son droit interne*, in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, P.U.B., 1968, p.36 et s.

<sup>41</sup> Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, *op. cit.*, p. 35 et s.

<sup>42</sup> Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), Avis consultatif du 21 février 25, aff. Echange des populations grecques et turques, série B, n° 10, p. 20.

<sup>43</sup> L'expression *pacta sunt servanda* est une locution latine signifiant que les conventions doivent être respectées, c'est-à-dire que les parties à une convention doivent respecter les obligations qui en découlent et ne sauraient en aucune manière s'en affranchir. Il s'agit là d'un principe bien connu du droit des obligations et du droit international public. En droit des obligations, ce principe est retranscrit dans l'article 1103 du Code civil français qui dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». En ce qui concerne le droit international public, il est régi par l'article 26 de la convention de Vienne sur les traités internationaux.

et le Mali, car cette option constitutionnelle sous-tend l'efficacité concrète des droits de l'homme en droit interne<sup>44</sup>. Au Mali comme au Burkina Faso, l'option constitutionnelle semble pouvoir être déduite de ce que « Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »<sup>45</sup>. Les dispositions n'ont pas fait l'objet d'interprétation propre du juge constitutionnel dans ces deux pays<sup>46</sup>.

Toutefois, les dispositions de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 stipulent également que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Comme on le voit, cette dernière disposition est similaire à celle de l'article 151 de la Constitution du Burkina Faso et 116 de la Constitution du Mali. Et l'approche exégétique qui a été faite au sujet de cette formule en France a pu, à juste titre, servir de source d'inspiration pour comprendre les textes constitutionnels des deux anciennes colonies.

En effet, selon Allain Pellet, et la doctrine française en général<sup>47</sup>, cette formule « est généralement interprétée comme traduisant le « monisme » »<sup>48</sup> juridique de l'Etat français. Considérant que les droits burkinabé et malien, tels que conçus, enseignés à l'Université et interprétés par les juridictions nationales, sont fortement inspirés et influencés par le droit de l'ancienne métropole qu'est la France, compte tenu des rapports historiques, il peut être retenu que les articles 151 et 116 des Constitutions respectives du Burkina Faso et du Mali consacrent un monisme juridique. Loin d'être une

---

<sup>44</sup> Le dualisme et le monisme traduisent l'attitude générale de l'Etat à l'égard du droit international. Dans une perspective de droit comparé sur cette attitude en Europe, cf. Catherine HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne ; analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 22 et s.

<sup>45</sup> Il s'agit d'une reproduction exacte des lettres de l'article 151 de la Constitution du Burkina Faso, de l'article 116 de la Constitution malienne du 25 février 1992 et de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

<sup>46</sup> C'est d'ailleurs l'occasion d'en appeler au sens de la promotion et du développement du droit du Conseil constitutionnel, en l'exhortant fortement à rendre disponible sa jurisprudence notamment sur Internet. Cela vaut également pour les autres juridictions du pays.

<sup>47</sup> Hubert THIERRY, Serge SUR, Jean COMBACAU et Charles VALLEE, *Droit international public*, op. cit., p. 183 ;

<sup>48</sup> Alain PELLET, *Le droit international et la Constitution de 1958*, article publié sur Internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q11.htm>, §6.

perversion, insiste A. Soma, ce constat présente la réalité du fondement des rapports droit interne et international des deux pays<sup>49</sup>.

Dès lors, du fait de la nature moniste du système constitutionnel burkinabè, le droit international, et particulièrement les droits protégés par les traités internationaux des droits de l'homme ratifiés et en vigueur dans le pays, sont directement applicables dans son ordre juridique interne.

Il est vrai que le principe de réciprocité occupe une place centrale dans les traités internationaux et dans le fonctionnement de la communauté internationale<sup>50</sup>. Il est dès lors compréhensible que la Constitution ait érigé une telle condition en règle générale. Mais la Constitution doit être interprétée de façon dynamique et évolutive à la lumière du droit international.

La jurisprudence est également abondante à soutenir que l'application des droits de l'homme ne peut être suspendue par un Etat sous prétexte de violation substantielle par l'autre partie. Les deux articles cités des lois fondamentales maliennes et burkinabè doivent désormais être lus en conformité et en harmonie avec la dérogation spéciale des droits de l'homme au principe de réciprocité qu'ils soutiennent ; l'exception confirmant la règle.

L'obligation de transposition découle des dispositions finales des directives de l'UEMOA et des actes additionnels de la CEDEAO. Toutefois, la transposition n'est pas la seule voie pour qu'un texte communautaire puisse produire des effets de droit dans l'ordre juridique des Etats membres des institutions communautaires. En application des dispositions du droit primaire, les institutions des deux organisations sont appelées à adopter des actes pour la réalisation des objectifs poursuivis. L'ensemble de ces actes constitue le droit dérivé. Relativement à la nature de ce droit dérivé, celui-ci n'est pas conventionnel mais plutôt unilatéral. Il émane, dans les deux organisations, des organes principaux intergouvernementaux<sup>51</sup> ou intégrés<sup>52</sup>. Bien que les Etats n'interviennent pas directement dans son élaboration<sup>53</sup>, il demeure néanmoins international.

---

<sup>49</sup> Abdoulaye SOMA, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso », in *African Yearbook of International Law*, vol. 16, 2008, p. 313-342.

<sup>50</sup> Michel VIRALLY, « Le principe de réciprocité en droit international contemporain », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1969, III, tome 122, p. 6-106.

<sup>51</sup> La conférence des chefs d'Etat et le conseil des ministres.

<sup>52</sup> Commission de l'UEMOA ou Commission de la CEDEAO.

<sup>53</sup> Leur intervention est peut-être plus subtile, à travers les consultations préalables d'instances où les Etats sont représentés, par exemple les comités des experts, le comité interparlementaire. Mais, finalement, il est vrai, l'acte émane du Conseil des

Le droit dérivé de l'UEMOA est constitué par les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis. Les actes additionnels sont adoptés en tant que de besoin par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. Annexés au Traité, ils le complètent sans toutefois le modifier. Leur respect s'impose aux organes de l'Union ainsi qu'aux autorités des Etats membres<sup>54</sup>. Les règlements sont définis comme ayant une portée générale et obligatoire dans tous leurs éléments et comme étant directement applicables dans tout Etat membre<sup>55</sup>.

Les directives « lient tout Etat quant aux résultats à atteindre », tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Les décisions sont obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent. Elles sont signifiées à leurs destinataires et prennent effet à compter de leur date de notification<sup>56</sup>. Il y a également les recommandations et les avis mais ceux-ci n'ont pas de force exécutoire.

Parmi cette panoplie des instruments juridiques communautaires, une seule est d'application directe. Il en est notamment ainsi du règlement au sein de l'UEMOA qui est d'applicabilité directe et surtout immédiate. Cela signifie que « les dispositions communautaires entrent dans l'ordre juridique interne sans le secours d'aucune mesure nationale », c'est-à-dire dès leur publication au *Bulletin officiel de l'UEMOA*. Cette automaticité de l'entrée en vigueur des actes et leur immédiateté d'application font que « l'exclusivisme territorial » des Etats s'effrite : les autorités nationales ou plutôt les souverainetés nationales ne constituent plus un obstacle pour l'intégration des actes des institutions communautaires dans les systèmes juridiques des Etats membres. Les normes édictées ont ainsi un caractère transnational et acquièrent automatiquement statut de droit positif. L'applicabilité immédiate a ainsi pour conséquence l'interdiction de toute transformation et la proscription de toute procédure de réception des normes communautaires.

Le droit dérivé de la CEDAO est constitué essentiellement par les décisions, les actes additionnels, les règlements. Conformément aux dispositions de l'article 9 du traité CEDEAO révisé, les décisions sont les actes pris par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres. Elles sont prises, selon les matières, à l'unanimité, par consensus ou à la majorité des deux tiers des Etats membres. Les décisions ont force obligatoire à l'égard des Etats membres et des institutions de la Communauté.

---

ministres, la décision de justice de la Cour de justice de l'Union ou de la Communauté.

<sup>54</sup> Traité UEMOA, article 19.

<sup>55</sup> Traité UEMOA, article 43.

<sup>56</sup> Traité UEMOA, articles 43 et 45.

## La réception du droit communautaire de l'UEMOA et de la CEDEAO

Le Commission est tenue de procéder à la publication des décisions trente jours après la date de leur signature par le président de la conférence.

Les décisions sont exécutoires de plein droit soixante jours après la date de leur publication dans le *Journal Officiel de la Communauté*. De même, chaque Etat membre publie les mêmes décisions dans son *Journal Officiel* dans un délai de trente jours. Tout comme au niveau de l'UEMOA, les actes additionnels sont adoptés en tant que de besoin par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. Annexés au traité, ils le complètent sans toutefois le modifier. Leur respect s'impose aux organes de l'Union ainsi qu'aux autorités des Etats membres.

Les règlements, à la différence de l'UEMOA, sont des actes du Conseil des ministres au niveau de la CEDEAO<sup>57</sup>. Les règlements du Conseil sont adoptés selon les matières, à l'unanimité, par consensus ou à la majorité des deux tiers des Etats membres. Les règlements du Conseil ont, de plein droit, force obligatoire à l'égard des institutions relevant de son autorité. Ils sont obligatoires à l'égard des Etats membres dès leur approbation par la conférence. Ces règlements entrent en vigueur et sont publiés dans les mêmes conditions et délais stipulés que pour les décisions de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement.

L'applicabilité directe au niveau de la CEDEAO se retrouve aussi bien dans les décisions de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement qu'au niveau des règlements du Conseil des ministres. En effet, pour chacun de ces instruments juridiques, il est prévu par le traité de la CEDEAO révisé, qu'ils ont non seulement force obligatoire à l'égard des Etats membres et des institutions de la communauté, mais aussi et surtout sont exécutoires de plein droit soixante jours après la date de leur publication dans le *Journal Officiel de la Communauté*. La publication au *Journal Officiel* a pour effet de rendre le texte opposable aux tiers. C'est aussi cette publication qui permet au tiers de se prévaloir du dispositif communautaire. Or, au lieu d'utiliser les instruments juridiques d'applicabilité directe pour la mise en place du Marché commun des TIC<sup>58</sup>, l'UEMOA et la CEDEAO ont opté pour des textes plus souples qui nécessitent encore l'intervention des Etats membres pour assurer leur effectivité à travers l'obligation de transposition dans l'ordre juridique des Etats membres.

La transposition est l'obligation faite à chaque Etat membre des deux communautés que sont l'UEMOA et la CEDEAO, de s'approprier le dispositif communautaire. Cette procédure de transposition aurait pu être

---

<sup>57</sup> Conseil formé par le ministre des Affaires étrangères de la Communauté et par tout autre ministre de chacun des Etats membres.

<sup>58</sup> Règlement pour l'UEMOA et au moins la décision pour la CEDEAO.

évitée si les instruments juridiques utilisés pour le marché commun des TIC avaient été le règlement au niveau de l'UEMOA et la décision au niveau de la CEDEAO<sup>59</sup>. A ce titre, les actes additionnels devraient suivre la procédure de la ratification qui prévaut aussi bien pour le droit primaire que pour le droit international. Or, les actes additionnels adoptés pour la mise en place du marché commun prévoient la procédure de transposition dans leurs dispositions finales.

La transposition suppose donc l'adoption, au niveau de chaque Etat membre, d'un texte législatif ou réglementaire pour adapter leur droit positif aux textes communautaires. L'affirmation de cette procédure de transposition découle expressément des textes communautaires. Il en va notamment ainsi au niveau de l'UEMOA par la formule suivante figurant dans les dispositions finales de toutes les directives adoptés le 23 mars 2006 : « Les Etats membres prennent toutes les dispositions pour adapter leurs dispositions législatives et réglementaires nationales sectorielles, à la présente directive, deux (02) ans au plus après sa date d'entrée en vigueur (signature). Ils en informent immédiatement la Commission ». Seule la directive n° 06/2006/CM/UEMOA organisant le cadre général d'une coopération entre les autorités nationales de régulation (ANR) en matière de télécommunications, prévoit une légère modification dans la formulation : « Les États membres s'assurent que les Autorités Nationales de Régulation prennent toutes les mesures nécessaires en vue de mettre en œuvre la présente directive et, le cas échéant, pour adapter les dispositions législatives et réglementaires sectorielles, deux (02) ans au plus après la date de son entrée en vigueur. Ils en informent immédiatement la Commission ».

Les actes additionnels de la CEDEAO vont dans le même sens. La formulation retenue dans chacun des six actes additionnels du 19 janvier 2007 est la suivante : « Les États membres prennent toutes les dispositions pour adapter leurs droits nationaux sectoriels, au présent Acte additionnel, deux (02) ans au plus après la date d'entrée en vigueur. Ils en informent immédiatement la Commission ». Il ressort de l'examen des directives de l'UEMOA et des actes additionnels de la CEDEAO une obligation de transposition de ces textes en vue d'assurer la mise en œuvre du marché commun des TIC<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Si au niveau de l'UEMOA, le traité prévoit expressément l'obligation de transposition des directives en raison dans leur rang inférieur dans la hiérarchie des normes communautaires, au niveau de la CEDEAO, il en va tout autrement. En effet, l'utilisation des actes additionnels pourraient prêter à confusion dans la mesure où il s'agit d'actes qui viennent compléter le traité révisé de la CEDEAO.

<sup>60</sup> Le délai imparti, par chacune des institutions communautaires est de deux ans, à compter d'entrée en vigueur des textes communautaires. Autrement dit, tous les textes

De la procédure obligatoire on en est, en matière de TIC à une procédure typée accordant plus de marge aux deux Etats que sont le Burkina Faso et le Mali.

***B. La nature des actes communautaires mis en œuvre***

Au lieu d'utiliser les instruments juridiques d'applicabilité directe pour la mise en place du marché commun des TIC<sup>61</sup>, l'UEMOA et la CEDEAO ont opté pour des textes plus souples qui nécessitent encore l'intervention des Etats membres pour assurer leur effectivité à travers l'obligation de transposition dans l'ordre juridique des Etats membres. En d'autres termes, la place de choix accordée aux Etats membres pour la transposition des normes communautaires ne va pas forcément dans le sens des objectifs des institutions communautaires.

En effet, l'une des premières fonctions dans la construction du marché commun des télécoms en Afrique de l'ouest était la mise en place d'un cadre juridique clair et harmonisé. Ce cadre devant faire face à la libéralisation du secteur, à l'introduction de la concurrence et à l'incontournable convergence technologique.

L'UEMOA a toujours visé l'institution d'une harmonisation des politiques sectorielles nationales par la mise en œuvre d'actions communes, et éventuellement, de politiques communes notamment dans les domaines des ressources humaines, de l'aménagement du territoire, de l'agriculture, de l'énergie, de l'industrie, des mines, des transports, des infrastructures et des télécommunications. La CEDEAO, quant à elle confère aux télécommunications et aux TIC une très haute priorité. La mise en place d'un marché commun nécessitait l'harmonisation des différentes politiques mais surtout des instruments juridiques communs<sup>62</sup>.

L'inadéquation de la procédure retenue pour la mise en œuvre d'un marché commun des télécoms en Afrique de l'Ouest procédait du choix des instruments juridiques pour l'édiction de normes communautaires relatifs aux TIC, à savoir les directives pour l'UEMOA et les actes additionnels pour la CEDEAO. La difficulté a résidé aussi dans la formulation des dispositions de transpositions contenue dans les textes communautaires ayant édicté les TIC.

---

communautaires auraient dû être transposés dans le droit positif des Etats membres au plus tard en février 2009.

<sup>61</sup> Règlement pour l'UEMOA et au moins la décision pour la CEDEAO.

<sup>62</sup> C'est pourquoi, l'article 32 du traité révisé de la CEDEAO stipule que, dans le domaine des télécommunications, les Etats membres devront élaborer une politique commune en matière de communication ainsi que des lois et règlements y afférents.

De manière expresse, aussi bien les directives de l'UEMOA que les actes additionnels de la CEDEAO abordant les questions des TIC, prévoyaient la manière de mettre en œuvre la transposition du droit communautaire en droit interne des Etats membres. Les directives de l'UEMOA du 23 mars 2006 prévoient que : « Les Etats membres prennent toutes les dispositions pour adapter leurs dispositions législatives et réglementaires nationales sectorielles, à la présente directive, deux ans au plus tard après sa date d'entrée en vigueur. Ils en informent immédiatement la Commission ».

La même formulation se retrouve également dans les actes additionnels de la CEDEAO du 19 janvier 2007. Toutes les deux institutions communautaires avaient prévu un délai de deux ans pour la transposition du dispositif communautaire dans l'ordre juridique des Etats membres. Cela signifie que la transposition devait être effective pour les directives de l'UEMOA, au plus tard en avril 2008 et pour les actes additionnels de la CEDEAO, au plus tard en février 2009.

Or, en 2009, seul le Burkina Faso a procédé à la transposition effective du dispositif communautaire en matière de télécommunication par la loi n° 061-2008/AN du 27 novembre 2008, portant réglementation générale des réseaux et services de communications électroniques au Burkina Faso. Les six directives de l'UEMOA de même que les six actes additionnels de la CEDEAO figurent dans le visa de cette loi, ce qui justifiait la transposition en droit interne. Au Mali, en revanche il a fallu attendre cinq longues années pour que soient adoptés les textes législatifs et réglementaires pour se conformer aux règles de transpositions.

Dans le souci d'encadrer et d'orienter les mutations en cours qui structurent le secteur, l'Etat malien a renforcé le cadre réglementaire et juridique notamment à travers les ordonnances n° 2011-023 et n° 2011-024 du 28 septembre 2011, relatives respectivement aux télécommunications et aux technologies de l'information de la communication et portant régulation du secteur des télécommunications, des technologies de l'information de la communication et des postes. Ces textes étant sensés parachever la transposition des directives de l'UEMOA en 2006 et des actes additionnels de la CEDEAO en 2007.

Compte tenu du retard dans la transposition du droit communautaire dans l'ordre interne des Etats membres, la CEDEAO en avait reporté à février 2010 la date limite de transposition<sup>63</sup>. Malgré ce report de la date limite de transposition du droit communautaire des TIC, la transposition n'en était pas

---

<sup>63</sup> Cette décision a été prise lors de la septième réunion des ministres de la CEDEAO chargés des télécommunications et des TIC, organisée à Praia (Cap Vert) en octobre 2008.

plus effective dans tous les Etats membres. La Côte d'Ivoire en était à commencer les réflexions sur la transposition en 2010 et ce n'était qu'en janvier 2011 que le Sénégal a adopté un projet de loi dans ce sens.

Toujours au niveau de la formulation de la mise en œuvre de directive<sup>64</sup>, on retrouve que : « Les autorités de régulation veillent à ce que les mesures ainsi que les arguments qui les motivent soient communiqués à la commission et au comité des régulateurs, un mois avant leur mise en œuvre. L'autorité nationale de régulation prend en compte les observations de la commission et du comité des régulateurs. Les mesures prennent effet un mois après la date de leur communication à la commission et au comité des régulateurs, sauf si la commission informe l'autorité nationale de régulation de l'incompatibilité des mesures prises avec la présente directive.

Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'une autorité nationale de régulation considère qu'il est urgent d'agir afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, elle peut adopter *immédiatement des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée. Ces mesures sont communiquées sans délais à la Commission et au Comité des Régulateurs qui émettent des observations* ».

Quant à l'acte additionnel, il renchérisait par la formulation suivante : « Les Etats membres doivent veiller à ce que les mesures ainsi que les arguments qui les motivent soient communiqués à la Commission, un mois avant leurs mises en application.

1. L'Autorité nationale de régulation prend en compte les observations de la Commission.

2. Les mesures prennent effet un mois après la date de communication, sauf si la Commission informe l'Autorité nationale de régulation de l'incompatibilité des mesures prises avec le présent Acte additionnel.

3. Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'une Autorité nationale de régulation considère qu'il est urgent d'agir afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, elle peut adopter immédiatement des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée. Ces mesures sont communiquées sans délais à la Commission qui émet des observations.

4. Lorsque les Etats membres prennent des mesures de transposition du présent Acte additionnel, ils veillent à ce que le projet de mesures ainsi que les arguments qui les motivent soient communiqués à la Commission, un mois avant sa mise en œuvre. Les Etats membres prennent en compte les observations de la Commission. Les mesures prennent effet un mois après la

---

<sup>64</sup> Directive N° 01/2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications.

date de communication, sauf si la Commission les informe de l'incompatibilité des mesures prises avec le présent Acte additionnel »<sup>65</sup>.

De ces deux instructions communautaires, nous déduisons que :

- Avant l'adoption de tout texte juridique interne de l'autorité de régulation, il fallait aviser la Commission pour requérir son avis et éventuellement prendre en compte ses observations ;

- La commission pouvait déclarer incompatible au dispositif communautaire les textes juridiques qui seraient pris par l'Autorité de régulation ou par les Etats membres dans le cadre de la transposition en droit interne.

A l'analyse, cela a pu constituer un frein dans la transposition du dispositif communautaire si la commission estimait que les textes juridiques internes adoptés étaient incompatibles au droit communautaire. En pareille circonstance, il fallait reprendre lesdits textes jusqu'à ce qu'ils soient compatibles au droit communautaire. Le risque de navette pouvant être très élevé pour aboutir au texte final interne compatible au regard de la commission.

L'avis préalable de la commission pour la validation de la procédure de transposition du dispositif communautaire en droit interne a pu, à n'en pas douter retarder encore plus la mise en œuvre de la politique commune en matière de télécommunication des deux zones UEMOA et CEDEAO. Dans un tel contexte, l'élaboration d'une politique commune dans le domaine des télécommunications reste erratique<sup>66</sup>, puisque la transposition est laissée au bon vouloir des Etats membres et qui prennent plus que leur temps et qui ne craignent aucune sanction au plan communautaire<sup>67</sup>. Les instruments juridiques ayant servi de support à l'édiction du dispositif communautaire en matière de télécommunication ne sont pas vraiment adaptés pour la

---

<sup>65</sup> Acte additionnel A/SA 1/01/07 relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire des secteurs des technologies de l'information et de la communication (TIC).

<sup>66</sup> A ce jour, la politique commune en matière de télécommunication en Afrique de l'Ouest est toujours à la recherche de ses marques. Sans doute, la volonté des Etats membres de préserver leur souveraineté nationale en ayant un droit de regard interne sur l'édiction de la réglementation dans le secteur de la télécommunication est à l'origine du choix d'instruments juridiques inappropriés pour la mise en œuvre d'une politique commune des télécommunications en Afrique de l'ouest non seulement efficace, mais aussi efficiente.

<sup>67</sup> La mise en œuvre d'une politique commune dans le secteur des télécommunications, compte de l'importance assignée à ce secteur par les institutions communautaires, méritait meilleur traitement.

réalisation des objectifs fixés en la matière en raison de l'obligation de transposition du dispositif communautaire qui est son corollaire.

Pourtant, des instruments plus appropriés existent dans l'arsenal juridique des institutions communautaires qui sont d'applicabilité directe et souvent immédiate. L'inconvénient majeur de ces instruments appropriés est l'abandon de souveraineté que les Etats consentiront aux institutions communautaires. Or, toute politique commune est à ce prix. Les Etats en ont-ils réellement conscience ?

Les instruments juridiques pouvant réellement faciliter, voire accélérer la mise en œuvre d'une politique commune en matière de télécommunication en Afrique de l'ouest sont de deux ordres : le règlement au niveau de l'UEMOA et la décision au niveau de la CEDEAO. En ce qui concerne le règlement au niveau de l'UEMOA, il a la spécificité d'être applicable immédiatement et directement dans l'ordre juridique de chaque Etat membre. La seule condition exigée pour cette applicabilité directe et immédiate est la publication du règlement au *Journal officiel de l'UEMOA*. Ce principe signifie que les « dispositions communautaires pénètrent dans l'ordre juridique interne sans le secours d'aucune mesure nationale ». Cela consacre une automaticité de l'entrée en vigueur qui, ajoutée à l'immédiateté de l'application des actes neutralise l'exclusivisme territorial des Etats<sup>68</sup>.

En ce qui concerne la décision au niveau de la CEDEAO, il s'agit également de l'acte pris par la conférence des chefs d'Etat. Elle est directement applicable dans l'ordre juridique des Etats membres, mais seulement son application n'est pas immédiate. En effet, pour assurer son application deux conditions sont posées<sup>69</sup> :

---

<sup>68</sup> Les normes édictées par les organes habilités ont ainsi un caractère transnational et acquièrent automatiquement le statut de droit positif. C'est dire que le règlement de l'UEMOA reçoit directement application dans les Etats membres sans autre procédure. En général il s'agit de textes adoptés par la conférence des chefs d'Etat, laquelle peut donner délégation au Conseil des ministres. De manière générale, les matières importantes au niveau de l'UEMOA font l'objet de règlement afin d'assurer efficacement la politique d'unification au plan communautaire. Cette option aurait pu être retenue pour le secteur de la télécommunication si l'UEMOA en avait fait un secteur majeur.

<sup>69</sup> Par le traité CEDEAO révisé. Le traité de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est un accord multilatéral signé par les Etats membres de la CEDEAO. Le premier traité a été signé en 1975 à Lagos, au Nigeria, par les chefs d'Etat et de gouvernements de la CEDEAO, organisation qui regroupait à l'époque seize Etats membres. À la suite des changements et des nouveaux mandats de la Communauté, un traité révisé a été signé à Cotonou, en République du Bénin, en juillet 1993 par les chefs d'Etat et de gouvernement de la CEDEAO composée désormais de quinze Etats membres après le départ de la Mauritanie.

- D'abord, elles sont exécutoires de plein droit soixante jours après la date de leur publication au *Journal officiel de la Communauté* ;

- Ensuite elles doivent être publiées par chaque Etat membre dans son *Journal officiel* dans un délai de trente jours à partir de la publication au *Journal officiel de la Communauté*.

Certes, à la différence des règlements de l'UEMOA, il faut des conditions pour assurer l'applicabilité des Décisions de la CEDEAO. Mais à y bien réfléchir, ces conditions ne visent qu'à assurer l'opposabilité des décisions au tiers par leur publication. De plus les délais prévus sont relativement courts puisqu'il est de trois mois seulement. Si la décision avait été retenue comme instrument juridique pour la mise en œuvre de la politique commune en matière de télécommunication, cette politique serait opérationnelle depuis juin 2007.

## **II. Les droits nationaux burkinabé et malien en matière de réception des normes communautaires (ou internationales)**

Les stipulations des traités communautaires indiquent que « les Etats membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la communauté »<sup>70</sup>. Ainsi le Burkina Faso et le Mali sont tenus de respecter les traités mais aussi l'ensemble du droit communautaire destiné à s'intégrer à l'ordre juridique applicable dans les deux pays respectifs. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'intégration du lien entre juge national et droit communautaire en vue d'une vraie domestication des règles supranationales.

La judiciarisation apparaît comme le mode principal ou privilégié d'appropriation du droit communautaire. Les règles étant formées, on peut dire qu'il ne reste plus qu'à les traduire en forme juridictionnelle lorsque les conflits s'élèvent. Cette opération est d'abord l'affaire du juge communautaire qui doit veiller au respect du droit dont il a la charge et à sa bonne application pour laquelle il est justement institué (**A**) ; viennent ensuite les juges nationaux qui par certaines décisions se muent en juge de droit commun des normes communautaires (**B**).

### ***A. Un dispositif classique***

Le juge communautaire rend des décisions qui traduisent sa volonté de voir ce droit s'imposer dans l'ordre communautaire. Les traités d'intégration de la CEDEAO et de l'UEMOA prévoient chacun, l'institution d'une Cour de

---

<sup>70</sup> Art 2 1-a de la convention de Vienne de 1969 sur les traités.

justice et d'une Cour des comptes dont la mission est de veiller au respect du droit communautaire quant à son interprétation et à son application.

C'est en vertu de cette disposition<sup>71</sup> que fut prise la directive n° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 qui demande à chaque Etat membre de créer une Cour des comptes autonome au plus tard le 31 décembre 2002. Pour ce faire, le Mali avait décidé de réviser sa Constitution notamment en ses articles 81 et suivants sur l'organisation judiciaire.

La démarche du juge communautaire dans l'interprétation des engagements internationaux des Etats membres peut, en raison de la perspective non seulement juridictionnelle mais aussi pédagogique, constituer un facteur extrêmement important d'appropriation du droit en vigueur entre les Etats membres. L'avis n° 001/2003 du 18 mars 2003 de la Cour de justice de l'UEMOA portant demande d'avis de la commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des comptes au Mali, est un modèle de genre<sup>72</sup>.

En droit positif malien, les conditions d'applicabilité en droit interne des normes internationales et au sein de celles-ci des normes communautaires ainsi que leur autorité vis-à-vis des normes nationales sont définies par la Constitution. La primauté du traité de l'UEMOA et des normes dérivées trouve sa consécration expresse non seulement en son article 6, mais aussi dans l'article 116 de la Constitution de la République du Mali qui dispose : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie ». Aux termes de cet article, les conditions d'introduction des normes internationales en droit interne malien sont au nombre de trois. Ainsi, une convention doit avoir été régulièrement ratifiée ou approuvée et avoir fait l'objet d'une publication au *Journal officiel* de la République. Enfin, elle ne sera applicable en droit interne que dans la mesure où elle est appliquée par l'autre partie.

---

<sup>71</sup> L'article 68 du traité de l'Union.

<sup>72</sup> Dans cette affaire, la CJUEMOA fut saisie par le président de la commission, lui-même saisi par le ministre malien de l'Economie et des Finances sollicitant l'avis juridique de la commission sur la création d'une Cour des comptes au Mali. En effet la directive n° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 demande à chaque Etat de créer une Cour des comptes autonome au plus tard le 31 décembre 2002. Cependant la Constitution malienne en son article 83 institue une Cour suprême comprenant une section judiciaire, une section administrative et une section des comptes. Dès lors il existait une distorsion entre la Constitution malienne et l'engagement communautaire à créer une Cour des comptes. Cf. A. SALL, *la Justice de l'Intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, CREDILA, 2011, p. 173-179.

En outre, l'Etat du Mali a adhéré en 1994 à l'UEMOA dont le traité a défini les rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux des Etats membres, en disposant en son article 43 : « Les règlements ont une portée générale. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tout Etat membre. Les directives lient tout Etat membre quant aux résultats à atteindre ».

La décision issue du verdict du 13 juillet 2015 de la Cour de justice de la CEDEAO, portant annulation de certaines dispositions de la loi électorale burkinabè, était insusceptible de recours et le Burkina au risque de s'inscrire dans le cercle des Etats voyous, se devait de l'appliquer.

« La Cour, statuant publiquement, contradictoirement en matière de violations de droits de l'homme, en premier et dernier ressort,

En la forme, rejette les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par l'Etat du Burkina ;

Se déclare compétente pour examiner la requête qui lui est soumise ;

Déclare recevable la requête qui lui est soumise ;

Déclare également recevable le mémoire en défense de l'Etat du Burkina ;

Déclare irrecevable la demande en intervention présentée par le cabinet

« Falana and Falana's Chambers » ;

Au fond

– Dit que le Code électorale du Burkina Faso, tel que modifié par la loi n° 005-2015/CNT du 7 avril 2015, est une violation du droit de libre participation aux élections ;

– Ordonne en conséquence à l'Etat du Burkina de lever tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à cette modification ;

– Condamne l'Etat du Burkina aux entiers dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement par la Cour de justice de la CEDEAO à Abuja, les jours, mois et an susdits. »

C'est en ces termes que la Cour a vidé ce contentieux qui opposait l'ex majorité<sup>73</sup> à l'Etat du Burkina Faso. A l'analyse de ce verdict, il n'était plus besoin de dire qui a gagné et qui a perdu tant les termes de cette décision étaient très clairs.

Aujourd'hui, on est en droit de se poser la question de savoir quel fut l'impact de cette décision sur le processus électoral au Faso et évidemment la conduite tenue à l'époque par l'Etat du Burkina Faso.

D'emblée, il convient de noter que lorsqu'un Etat décide de faire partie d'une organisation sous régionale ou régionale, il décide par la même

---

<sup>73</sup> La loi n° 005-2015/CNT du 7 avril 2015 portant Code électorale du Burkina Faso interdisait à un certain nombre de citoyens burkinabè le droit de se porter candidats aux élections politiques. Il leur était reproché d'avoir soutenu la tentative anticonstitutionnelle du président Blaise Compaoré de se maintenir au pouvoir.

occasion de renoncer à une partie de sa souveraineté faisant l'objet du domaine d'intervention de l'organisation. Le Burkina Faso est partie au traité révisé de 1993 et de ses multiples protocoles conclus depuis la création de la CEDEAO le 28 mai 1975 parmi lesquels, nous avons le protocole A/P1/7/91 du 6 juillet 1991 qui régit l'organisation la compétence et le fonctionnement de la Cour de justice de la CEDEAO.

Aussi, à noter que le droit communautaire fonctionne sur la base de deux principes fondamentaux à savoir celui de l'intégration et celui de la primauté. Le droit primaire et dans une moindre mesure le droit dérivé de la CEDEAO priment sur les droits nationaux. La primauté est une exigence fondamentale dans un ordre d'intégration. L'affirmation de la primauté du droit communautaire signifie qu'en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle constitutionnelle, légale, réglementaire ou administrative de son propre droit, le juge national doit faire prévaloir le droit communautaire.

Cela signifiait que face à cette décision, si toutefois le Conseil constitutionnel burkinabé venait à être saisi dans l'optique de se prononcer sur les dispositions de l'article 135 du code électoral, il ne pouvait que rendre une décision conforme à la lettre et à l'esprit de celle rendue par le juge communautaire car, le juge communautaire emporte sur le juge national.

La Cour de justice UEMOA<sup>74</sup> installée le 27 janvier 1995 à Ouagadougou, est composée de huit membres nommés pour un mandat de six ans renouvelables par la conférence des chefs d'Etats et de gouvernement. Cette Cour n'est dotée que de compétence d'attribution ce qui la soustrait de pouvoir d'auto saisine. La CJUEMOA exerce des fonctions contentieuses et des fonctions non contentieuses, c'est-à-dire consultatives. La compétence contentieuse de la cour se subdivise en six catégories en fonction de l'objet du litige. Il s'agit du recours en manquement<sup>75</sup>, du recours en annulation<sup>76</sup>, le

---

<sup>74</sup> Régie par l'art. 38 du traité de l'UEMOA, et organisée par le protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, l'acte additionnel n° 10/96 du 10 mai 1996 et le règlement n° 01/96/CM/UEMOA portant règlement des procédures de la Cour de justice de l'UEMOA. La CJUEMOA est avec la Cour des comptes les organes de contrôle juridictionnel de l'UEMOA.

<sup>75</sup> En adhérant au traité de Dakar, les Etats membres acceptent un certain nombre d'obligations. En cas de manquement à une de ces obligations, la commission ou les Etats peuvent saisir la Cour afin de faire constater le manquement commis par le ou les Etats mis en cause. Ce recours dit recours en manquement peut être exercé sans que le requérant ait à justifier d'un intérêt particulier et notamment d'un préjudice propre. Ce recours est fondé sur l'article 7 du protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, sur l'article 27 de l'acte additionnel portant statut de la Cour et l'article 15 du règlement n° 01/96 portant règlement des procédures.

plein contentieux de la concurrence<sup>77</sup>, le recours en responsabilité<sup>78</sup>, le contentieux de la fonction publique communautaire<sup>79</sup>, le recours préjudiciel. Cette compétence contentieuse n'est pas sans conséquence à l'égard des Etats et des particuliers.

L'inexécution des arrêts de la CJUEMOA peut rendre le droit communautaire inopérant. C'est ainsi que les arrêts de la CJUEMOA sont obligatoires en vertu des articles 20 du protocole additionnel n° 1 et 57 du règlement de procédures<sup>80</sup>, et cela sans formalité d'*exequatur*<sup>81</sup>. En effet,

---

<sup>76</sup> Il s'agit du contrôle de la conformité des actes des organes de l'Union au traité et de l'annulation des actes pris par les organes communautaires. Le recours ne peut être introduit que par le Conseil des ministres, la commission, un Etat membre ou par un particulier, personne physique ou morale dans un délai de deux mois suivant la publication de l'acte, de sa notification à l'intéressé ou du moment où celui-ci en a eu connaissance.

<sup>77</sup> En matière de concurrence, la Cour peut se prononcer sur les décisions et sanctions que les commissions nationales de la concurrence ont pu prendre conformément aux dispositions de la législation communautaire sur la concurrence, contre les entreprises qui n'ont pas respecté le principe de la libre concurrence, ou qui ont abusé de leur position dominante sur le marché de l'Union.

<sup>78</sup> Les articles 15 du protoc. add. N°1,27 de l'acte additionnel n° 10/96 et l'article 15 al. 5 du règlement de procédure précisent que la CJUEMOA est la seule juridiction compétente pour déclarer engagée la responsabilité non contractuelle et condamner l'Union à la réparation du préjudice causé par les organes de l'Union ou par les agents dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. C'est la responsabilité extra contractuelle de l'Union. Ce recours se prescrit par trois ans à compter de la réalisation des dommages.

<sup>79</sup> Ce contentieux est régi par les articles 16 protoc. add. n°1, 27 de l'acte additionnel 10/96 et 15-4<sup>ème</sup> du règlement de procédure et les règlement n° 01/95/CM et 02/95/CM du 1<sup>er</sup> août 1995 portant respectivement statut des fonctionnaires de l'Union et régime applicable au personnel non permanent de l'UEMOA. La Cour connaît des litiges opposant l'Union à ses agents. C'est le contentieux de la fonction publique communautaire, et c'est le contentieux le plus important en nombre de la CJUEMOA. En effet sur trente-quatre décisions rendues, dix-neuf mettent en cause les règles de la fonction publique dans lesquelles la commission et la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement sont parties, cf. A. SALL, *op. cit.*, p. 21.

<sup>80</sup> Art 20 du protocole additionnel n° I : « les arrêts de la Cour de Justice ont force exécutoire, conformément aux dispositions de son règlement de procédures. Ils sont publiés au Bulletin officiel » et quant à l'art. 57 du règlement n° 01 /96/CM portant règlement de procédures : « l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé. ».

<sup>81</sup> C'est-à-dire que la force obligatoire des arrêts rendus dans chaque Etat ne nécessite pas une procédure de reconnaissance de la part de l'autorité judiciaire nationale compétente. Cf. P. Meyer, *Droit International Privé burkinabè*, Ouagadougou, Collection Précis de droit burkinabè, Presses Africaines, 2006. p. 147-162.

l'intervention du principe de primauté du droit communautaire sur le droit national des Etats permet l'exécution sans *exequatur* et par application des procédures nationales. Cette position s'appuie sur l'article 46 al. 2 du traité. Il implique alors que dans les Etats membres, les Cours nationales n'ont aucun moyen de contrôler la régularité des titres exécutoires d'origine communautaire et doivent tout simplement en assurer l'exécution effective selon les procédures nationales. C'est ainsi qu'en cas de manquement constaté par la CJUEMOA, les organes de l'Etat membre concerné ont l'obligation d'assurer dans les domaines de leurs pouvoirs respectifs, l'exécution de l'arrêt de la Cour. En cas d'abstention de l'Etat mis en cause, la commission peut saisir la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement afin qu'elle invite l'Etat membre défaillant à s'exécuter sans préjudice des sanctions prévues<sup>82</sup> dans le cadre de la surveillance multilatérale.

Le non-respect des décisions prises en application des dispositions de la législation communautaire de la concurrence peut donner lieu à des sanctions, sans préjudice du recours en manquement<sup>83</sup>. L'applicabilité directe a pour objectif d'ôter aux Etats membres de l'Union tout moyen d'action et d'influence sur les normes communautaires, par conséquent les Etats doivent exécuter les décisions des organes communautaires à l'élaboration desquelles ils ont participé sans pouvoir les reformer après leur entrée en vigueur<sup>84</sup>.

Le rôle de l'Etat membre en présence de règlements et de décisions est toujours celui d'un exécutant. Indépendamment de son rôle dans l'élaboration des décisions du conseil, l'Etat se présente comme un maillon subordonné pour la mise en œuvre des objectifs du traité, lorsque celle-ci est notamment confiée aux règlements, directives, décisions et actes additionnels. Il est en outre interdit aux Etats d'effectuer une application incomplète ou sélective des dispositions de règlement communautaire et de se dispenser unilatéralement du respect de ses obligations propres<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Les sanctions explicites susceptibles d'être appliquées comprennent la gamme des mesures graduelles suivantes : - la publication par le Conseil d'un communiqué, éventuellement assorti d'informations supplémentaires sur la situation de l'Etat concerné.

<sup>83</sup> A titre d'exemple, en matière d'aides d'Etat, la commission peut, et après avoir invité l'Etat membre à faire ses observations prendre les mesures de répression graduelles prévues à l'article 74, et l'entreprise qui continue à bénéficier de l'aide en dépit d'une décision de la commission peut se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'au double du montant de l'aide allouée qui sera versée au budget de la commission.

<sup>84</sup> Art 7 du Traité de l'UEMOA.

<sup>85</sup> E. JUNYENT et D. R. BASSINGA, *op. cit.*, p. 90

En conclusion il appartient aux Etats membres concernés ainsi que les Cours nationales, l'obligation d'assurer l'exécution des arrêts de la juridiction communautaire, parce qu'au demeurant, l'indépendance de la justice nationale ne saurait être un prétexte pour se soustraire des obligations communautaires.

### ***B. Les résistances nationalistes***

L'expression « juge national » s'entend ici de l'ensemble des juridictions du Mali<sup>86</sup> et du Burkina Faso<sup>87</sup> en tant qu'Etats membres des espaces UEMOA et CEDEAO. Elle comprend les différents ordres et degrés de juridictions. Le juge national est le premier juge de droit commun du droit communautaire tant par son rôle dans l'application du droit communautaire que par son influence quant à la mise en œuvre dudit droit au strict plan national.

Les Etats du Mali et du Burkina ne comportant pas de tribunaux spécialement mis en place pour juger les actions des particuliers et des agents économiques en cas de mauvaise application des règles communautaires, le

---

<sup>86</sup> La Cour suprême : c'est la plus haute instance judiciaire du pays, elle est chargée d'assurer l'unité du droit national par l'unité de la jurisprudence. Elle est composée de trois sections qui sont la section judiciaire, la section administrative et la section des comptes et chaque section a ses particularités et dirigée par un président. Les Cours d'appel : Les Cours d'appel connaissent des appels interjetés contre les décisions rendues en première instance par les juridictions de base. Les juridictions de base : pour ces juridictions, nous avons en plus des tribunaux de première instance (tribunaux d'instance et tribunaux de grande instance), les juridictions de paix à compétence étendue. La justice de paix à compétence étendue : contraire aux juridictions de première instance des grandes villes, les tribunaux de paix sont composés d'un seul juge qui cumule les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, alors qu'un tribunal de première instance comprend au moins un président, un procureur et un juge d'instruction. Ils ne sont pas présents dans les grandes villes. Les tribunaux de commerce. Les tribunaux de travail. Les tribunaux administratifs : ils constituent des juridictions de première instance en matière administrative et s'occupent en principe aux litiges opposant les citoyens à l'Etat, mais l'exception est ceux qui relèvent de la section administrative de la Cour suprême. Les tribunaux pour enfants : ils jugent les infractions commises par les mineurs (toute personne de moins de 18 ans). Les tribunaux militaires : fixés par la loi n° 95 042 du 20 avril 1995 portant Code de justice militaire en République du Mali.

<sup>87</sup> Selon la loi n° 028-2004/AN du 8 septembre 2004. Art 2. Les juridictions de l'ordre judiciaire au Burkina Faso sont : - la Cour de cassation ; - les Cours d'appel ; - les Tribunaux de grande instance ; - les Tribunaux d'instance ; - les Tribunaux départementaux ; - les Tribunaux d'arrondissements ; - les Tribunaux du travail ; - les juges des enfants ; - les Tribunaux pour enfants.

système des communautés attribue au juge national le rôle de "juge communautaire de droit commun"<sup>88</sup>. Il l'est même dans un certain sens naturellement que la Cour de justice de l'Union dont la compétence est seulement d'attribution<sup>89</sup>. Au sein de l'UEMOA, l'article 6 du traité utilise le terme « législations nationales », lesquelles législations nationales sont susceptibles d'être en contradiction avec les actes de l'Union qui sont naturellement appliqués au sein des Etats membres par leurs juges, nous déduisons alors que le traité de Dakar a aussi confié aux juges nationaux, l'application des normes communautaires de l'UEMOA.

La fonction communautaire du juge national trouve également sa justification dans l'existence même du droit communautaire. C'est ainsi que le juge européen affirma que l'applicabilité immédiate et directe du droit communautaire resterait lettre morte si un Etat pouvait s'y soustraire par un acte législatif opposable aux textes communautaires.

Cependant l'interprétation du droit communautaire par le juge national est encadrée par la juridiction communautaire qu'est la CJUE afin d'éviter une divergence d'interprétation au sein de chaque Etat. C'est dans ce sens qu'en l'absence d'une Cour de justice, on serait arrivé à autant d'interprétations que d'Etats membres. On sait comment tant d'accords internationaux sur les effets de commerce par exemple ont perdu leur intérêt du fait de jurisprudences nationales contradictoires privées de l'arbitrage d'une Cour régulatrice<sup>90</sup>. La création d'une Cour de justice dans un processus d'intégration est alors importante et a été démontrée avec succès dans l'Union européenne où la CJCE a eu « une attitude nettement plus intégrationniste que les organes de décisions »<sup>91</sup>. En effet la CJCE a élaboré et imposé les principes d'effet direct et de primauté du droit communautaire, voire du caractère supra constitutionnel du droit communautaire. C'est cette même attitude que l'on attend de la CJUE qui semble avoir été érigée sur le modèle de la CJCE.

Le juge national a tout d'abord à interpréter le contenu de la règle avant de l'appliquer car pour appliquer une règle de droit il doit comprendre le contenu de ladite règle. Elle consiste dans l'affirmation que tel texte signifie que si telles conditions sont réunies, tels sujets doivent adopter telle conduite. La Cour de justice peut également fournir les éléments qui lui permettront de trancher le litige.

---

<sup>88</sup> Tribunal de première instance de la CJCE, 10 juil. 1990, *Tetra Pak c/ Commission*, Aff. T-51/89, *Rec. II*, p. 309.

<sup>89</sup> R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 9.

<sup>90</sup> G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 225.

<sup>91</sup> R. JOLIET, *Le droit institutionnel des communautés européennes*, Liège, éd de la Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1983, p. 111.

Il s'agit du renvoi préjudiciel en interprétation prévu par le droit de l'UEMOA, et c'est le juge national qui décide de l'existence de la difficulté d'interprétation du traité, c'est également lui qui en définit les contours, qui établit les termes de la question et, recevant la réponse, en fait une application au cas d'espèce. Tout cela, lui laisse une large part d'initiative et lui donne un pouvoir de stimulation qu'une force de résistance dont il use et abuse parfois.

Le juge national chargé d'appliquer dans le cadre de sa compétence les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel<sup>92</sup>.

Lorsque la règle de droit communautaire est d'application directe, on demande au juge national de la faire appliquer directement. Cependant, l'effet direct n'est pas une exigence indispensable pour qu'un justiciable puisse se prévaloir d'une règle de droit communautaire devant le juge national. Comparativement au droit communautaire européen, la CJCE reconnaît le caractère d'effet direct aux directives pour, d'une part que l'exclusion de toute invocabilité en justice des directives soit incompatible avec l'effet contraignant que le traité leur attribue et d'autre part du fait que l'effet utile d'une directive serait affaibli si les justiciables ne pouvaient pas s'en prévaloir<sup>93</sup>. Face aux critiques suscitées par cette jurisprudence, la CJCE a, dans une autre affaire, soutenue qu'il faut apprécier l'applicabilité d'une directive et ses effets dans deux hypothèses différentes. En cas de transposition, il est normal qu'un justiciable invoque une directive pour faire observer que le droit national ne respecte pas les objectifs de la directive. En cas de non transposition, et que le délai dans lequel l'Etat devait prendre des mesures pour transposer la directive est arrivé à terme, un justiciable peut se prévaloir de la directive.

---

<sup>92</sup> CJCE, 9/03/78, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629. Les faits : Le 26 juillet 1973, la société anonyme *Simmenthal*, ayant son siège à Monza (Italie), a importé de France, via Modane, un lot de viande bovine destinée à l'alimentation humaine. Cette importation a été assujettie au paiement de droits de contrôle sanitaire pour un montant de 581 480 liras (ce contrôle étant prévu par l'article 32 du texte unique des lois sanitaires italiennes). Estimant que les contrôles sanitaires effectués lors du passage de la frontière et les taxes perçues pour ces contrôles constituent des obstacles à la libre circulation des marchandises interdits par le droit communautaire, la société *Simmenthal* a, le 13 mars 1976, formé un recours devant le tribunal italien.

<sup>93</sup> CJCE, arrêt *Franz Grad*, 06 Octobre 1970.

En revanche, il n'est pas possible de se prévaloir d'une directive non transposée si le délai de transposition court encore<sup>94</sup>. Le délai de transposition est donc l'élément déterminant de l'effet direct d'une directive. L'application du droit communautaire étant l'œuvre des juridictions nationales, elle s'accompagne de l'autonomie institutionnelle afin de faciliter le travail du juge national mais aussi des justiciables. L'UEMOA reconnaît ainsi une autonomie institutionnelle aux différents Etats dans la sanction du droit communautaire. Cette autonomie institutionnelle signifie : « la reconnaissance du pouvoir des Etats membres de répartir les compétences entre leurs différents organes juridictionnels. En d'autres termes, il appartient aux différents Etats d'organiser les compétences et les procédures destinées à sanctionner le droit communautaire ou commun et notamment à sanctionner les droits que les particuliers peuvent tirer de l'effet direct des normes communautaires. En assurant l'application du droit commun ou communautaire, les institutions juridictionnelles nationales font ainsi l'objet d'une communautarisation »<sup>95</sup>.

Maintenant que l'on sait que les juridictions nationales sont impliquées au système communautaire, quelle(s) conséquence(s) peuvent découler d'une mauvaise exécution de ses obligations ?

Dans l'affaire *Simmenthal*, on sait que le juge de Luxembourg avait répondu au juge italien qui l'avait interrogé grâce au mécanisme préjudiciel sur l'office du juge national, et que ce dernier était contraint d'assurer le plein effet des normes communautaires en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci, par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

Ces prérogatives dépendent de la nature du contentieux et de l'objet du litige. Le juge national, grâce à la jurisprudence communautaire, est désormais libre d'utiliser tous les pouvoirs nécessaires à la protection des individus, notamment en se dégageant de l'obstacle procédural national<sup>96</sup>. En comparaison au système européen, une exécution défailante de la part du juge national entraîne la responsabilité de l'Etat. En effet un particulier peut intenter un recours contre l'Etat lui-même, car celui-ci est responsable du préjudice causé à un particulier par une violation du droit communautaire par un juge. C'est ce qu'a rappelé la CJCE dans l'affaire C-173/03, *Traghetti del*

---

<sup>94</sup> CJCE, arrêt *Ratti*, 05 février 1979.

<sup>95</sup> P. Meyer, « Les conflits de juridictions dans l'espace OHADA, UEMOA, CEDEAO », *op. cit.*, p. 180.

<sup>96</sup> CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990.

Mediterraneo SpA / Repubblica italiana du 13 Juin 2006<sup>97</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait pour la CJCE à la suite d'un renvoi préjudiciel de répondre aux deux questions suivantes. Un Etat engage-t-il sa responsabilité à l'égard des particuliers en raison des erreurs de ses juges dans l'application ou le défaut d'application du droit communautaire et, notamment, du manquement d'une juridiction de dernier ressort à son obligation de renvoi préjudiciel à la Cour des Communautés prévue par l'article 234 du traité ? En cas de réponse positive à la première question, la responsabilité de l'Etat peut-elle être écartée s'il existe une réglementation nationale excluant ou limitant cette responsabilité ?

A la première question, la Cour répond par l'affirmative en rappelant un précédent arrêt dans lequel elle avait jugé que les Etats doivent réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, ceci à condition que la règle de droit communautaire violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit manifeste et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées<sup>98</sup>.

A la seconde question, la Cour répond que le droit national peut bien sûr préciser les critères permettant de définir quel degré ou type de violation du droit est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. Toutefois, elle ajoute que ces critères ne peuvent conduire à exiger une faute plus grave que celle résultant d'une "méconnaissance manifeste du droit"<sup>99</sup>. Si une réglementation conduit en pratique à poser des conditions allant au-delà de cette exigence, ceci afin de limiter la responsabilité de l'Etat, elle ne doit pas être appliquée car elle est contraire au droit communautaire.

---

<sup>97</sup> Les faits : Une entreprise de transport maritime italienne avait assigné une de ses concurrentes en réparation du préjudice que cette dernière lui aurait causé du fait de sa politique de bas prix sur le marché du cabotage maritime entre l'Italie continentale et les îles de Sardaigne et de Sicile, grâce à l'obtention de subventions publiques. L'entreprise requérante soutenait qu'il s'agissait d'un acte de concurrence déloyale et d'un abus de position dominante, interdit par le traité instituant la Communauté Européenne. Or, la Cour de cassation italienne devant laquelle elle avait formé un pourvoi avait rejeté celui-ci, confirmant les jugements des juridictions de première instance et d'appel. L'entreprise avait alors mis en cause la responsabilité de l'Etat italien pour interprétation inexacte des règles communautaires par la Cour suprême de cassation et violation par celle-ci de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes.

<sup>98</sup> CJCE, arrêt Köbler du 30 septembre 2003, aff. C-224/01.

<sup>99</sup> Il y a « méconnaissance manifeste », par exemple, lorsqu'il ne fait pas de doute que le juge se trompe sur la portée d'une règle de droit communautaire, notamment au regard de la jurisprudence existante de la Cour européenne en la matière.

Le rôle de ces juges s'avère donc tellement important dans le processus d'intégration notamment celui de l'UEMOA et dans la mise en œuvre des textes issus de ce processus. Le professeur Joël Rideau, pour reconnaître cette place stratégique dévolue au juge national, dit qu'« il est dans le système communautaire l'autorité la mieux à mesure d'assurer la pleine efficacité de cette modalité fondamentale de l'impact du droit européen dans les ordres juridiques nationaux »<sup>100</sup>. Il s'avère important alors que les juges nationaux des pays membres de l'UEMOA soient « au parfum » de la chose communautaire<sup>101</sup> afin, de mieux comprendre leurs obligations et mieux coopérer<sup>102</sup> avec la garante du droit communautaire.

\*  
\* \*

Le foisonnement d'organisations d'intégration économique liant le « droit national » au « droit global » est une réalité de la structuration des économies dans un contexte de globalisation. Les normes communautaires se multiplient et entraînent un phénomène d'internationalisation des droits nationaux, au sortir de l'étude de la manière dont les ordres juridiques internes burkinabé et malien accueillent le droit communautaire une logique s'impose implacablement. En effet, bien que la supériorité de ce droit soit intégralement reconnue au niveau communautaire, celle-ci est susceptible de demeurer théorique dans sa mise en œuvre au niveau étatique. Cette comparaison présente un intérêt dans la mesure où les dispositions normatives et les interprétations jurisprudentielles qui procèdent de ces droits positifs débouchent très souvent sur des hiérarchies distinctes.

La primauté de la norme communautaire n'est pas toujours assurée au niveau national malgré le risque pour l'Etat de voir sa responsabilité internationale engagée car son droit interne ne peut justifier la non-exécution d'une obligation internationale. Et pourtant il devient de pratique constante que les normes communautaires n'accèdent pas à la primauté qui en constitue la règle de domestication dans ces deux pays.

---

<sup>100</sup> J. RIDEAU, « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire », in *AFDI*, 1972, p. 863.

<sup>101</sup> C'est dans ce sens qu'il faut saluer les initiatives de la CJUEMOA à vulgariser le droit communautaire de l'UEMOA à travers les séminaires de sensibilisation qu'elle organise à l'intention des acteurs judiciaires des pays membres.

<sup>102</sup> « Les juridictions nationales ne sont pas rompues à cette technique du renvoi préjudicielle », affirma le professeur Alioune SALL, *op. cit.*, p. 38.



## LA THEORIE JURISPRUDENTIELLE DE LA VOIE DE FAIT ET DE L'EMPRISE EN DROIT TCHADIEN ET FRANÇAIS

**Dr Allah-Adoumbeye Djimadoumngar,  
maître-assistant de droit public, enseignant-chercheur à la Faculté  
des sciences juridiques et politiques de l'Université  
de N'Djaména (Tchad), chef du département  
des licences, chercheur-associé  
au CERAP-Paris 13**

La théorie jurisprudentielle de la voie de fait et d'emprise concerne l'atteinte au droit de propriété et aux libertés fondamentales. Cette théorie est d'origine jurisprudentielle. Le Conseil d'État est lui-même l'auteur de la notion de voie de fait<sup>1</sup>, il a accepté de renoncer à un contentieux qui lui revenait normalement de droit ; mais ce transfert n'a pas été cédé sans condition<sup>2</sup> : c'est le Conseil d'État qui, seul devait être compétent pour constater et qualifier un agissement de voie de fait, avant de se dessaisir au profit du juge judiciaire. En procédant ainsi, il protège les droits des administrés et prive l'administration de la majeure partie de ses privilèges traditionnels.

Apparue pratiquement dans le courant du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>3</sup>, la théorie de la voie de fait et de l'emprise était destinée à lutter contre l'arbitraire et les abus de l'administration. Plus récemment en 2016, Jean Waline et bien d'autres auteurs confirment que la théorie de la voie de fait est l'œuvre de la jurisprudence<sup>4</sup>. En cela, la jurisprudence la qualifie comme une action de l'administration « manifestement insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration<sup>5</sup> » et portant atteinte à une

---

<sup>1</sup> CE, 21 sept. 1827, Rousseau, *Lebon*, p. 504.

<sup>2</sup> Thaïs AUGUSTIN, « *La victoire du juge administratif : le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait* », Gweltaz ÉVEILLARD (dir.), *La guerre des juges aura-t-elle lieu ? - Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016. En ligne sur [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu). Consulté le 06/11/2017.

<sup>3</sup> CE, 9 mai 1867, Duc d'Aumale, *S.* 1867, III, p. 124, concl. AUCOC, note CHOPIN. TC, 13 mai 1875, Lacombe, *Rec.* 8.

<sup>4</sup> Jean WALINE, *Droit Administratif*, 26<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016, p. 631 (787 p.).

<sup>5</sup> C.E., 18 novembre 1949, Carlier, *S.* 1959.3.49.

liberté fondamentale<sup>6</sup>, à une exécution forcée sans être justifiée par l'urgence<sup>7</sup>, etc. Elle continue à prendre une grande importance dans la jurisprudence<sup>8</sup>. René Chapus la présente comme « La Folle du Logis, présente là où on l'attend le moins, *perturbatrice au-delà de l'acceptable*<sup>9</sup> ». La voie de fait se présente en réalité comme une notion étrange permettant aux juridictions de l'ordre judiciaire de sanctionner une personne publique<sup>10</sup> lorsque celle-ci est intervenue manifestement en dehors de ses prérogatives et que cela a porté une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété. Dans la même logique, la jurisprudence avait élaboré la théorie de l'emprise irrégulière, laquelle attribuait une compétence exclusive aux juridictions judiciaires pour statuer sur l'indemnisation<sup>11</sup> d'un propriétaire privé dont le terrain était occupé irrégulièrement par un ouvrage public ou sur la démolition de cet ouvrage<sup>12</sup>. L'arrêt de base est celui du Tribunal des

---

<sup>6</sup> T.C, 2 décembre 1902, Sté immobilière Saint-Just, n° 00543, *Lebon* 713.

<sup>7</sup> TC, 8 avril 1935, Action français, *GAJA* n° 46, 19<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 292.

<sup>8</sup> En droit français, il existe une jurisprudence abondante à telle enseigne qu'on ne peut pas la citer car on s'exposerait à en citer une et à en laisser une autre. En droit tchadien, tout laisse à désirer. La quasi-insuffisance de la jurisprudence en général et plus particulièrement dans la théorie de la voie de fait et de l'emprise n'est pas à démontrer.

<sup>9</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 533.

<sup>10</sup> Cette sanction peut être des injonctions de faire cesser une situation précise adressée à l'administration, par exemple enlever un ouvrage implanté sur une propriété privée, ou la condamnation de l'administration à indemniser l'administré victime de cette voie de fait.

<sup>11</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 2 décembre 1975, n° 75-70005, *Bulletin* 1975 III n° 354 p. 269.

<sup>12</sup> Conseil d'Etat 10<sup>ème</sup> sous-section 29 janvier 2003 n° 245239. Lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible. Dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que l'existence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Lire également le Tribunal des conflits, 6 mai 2002, 02-03.287, publié au *Bulletin*. En outre, il importe aussi de rappeler que le principe d'intangibilité de l'ouvrage public selon lequel : « ouvrage public mal planté ne se détruit pas » a été posé par la jurisprudence du Conseil d'Etat l'affaire Consorts Sauvy contre l'État, en date du 6

conflits du 17 mars 1949, Société "Hôtel du Vieux-Beffroi". La règle posée par cet arrêt est contenue dans le considérant suivant : « considérant que la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire ». Ainsi, voie de fait et emprise sont des notions voisines attribuant compétence au juge judiciaire. Leur évolution en droit tchadien et français nécessite une étude de fond d'où le choix du thème : « la théorie jurisprudentielle de voie de fait et d'emprise en droit tchadien et français ».

Selon Yves Gaudemet, il y a voie de fait lorsque, dans l'accomplissement d'un acte matériel, l'administration commet une irrégularité grossière portant atteinte à une liberté ou une propriété privée<sup>13</sup>. Définition simple, claire et complète, elle prend en compte tous les éléments constitutifs d'une voie de fait incluant l'emprise irrégulière. Ces éléments sont entre autres : les actes matériels d'exécution<sup>14</sup>, l'irrégularité grave et grossière d'une décision administrative et l'atteinte, soit à une propriété privée, soit à la liberté publique. Lorsqu'il y a une atteinte à la propriété immobilière<sup>15</sup> uniquement, la voie de fait pourrait être ramenée à l'emprise. Cependant, la voie de fait peut constituer une atteinte à la propriété mobilière<sup>16</sup> ou à une liberté publique<sup>17</sup>. Autrement dit, l'emprise consiste en la prise de possession par l'administration d'une propriété privée immobilière ou en l'atteinte irrégulière portée à un droit réel immobilière<sup>18</sup>. Il doit y avoir une véritable mainmise sur la propriété, privant le propriétaire de son utilisation<sup>19</sup>. L'emprise apparaît ainsi comme une dépossession par l'administration d'un bien immobilier appartenant un particulier, légalement ou illégalement, à titre temporaire ou définitif, à son profit ou au profit d'un tiers ; ce qui signifie que l'emprise peut être régulière ou irrégulière.

---

février 1956, dans laquelle le Conseil d'État avait pu estimer qu'il « [n'appartenait] en aucun cas, à l'autorité judiciaire de prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ».

<sup>13</sup> Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 21<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2015, p. 91 (537 p.).

<sup>14</sup> Dans l'intérêt pratique des justiciables, la jurisprudence a admis, à propos des perquisitions, que la « la menace précise d'exécution » pouvait suffire pour constituer une voie de fait TC, 18 décembre 1947, Hilaire, *JPC*, 1948, 4087, note VEDEL.

<sup>15</sup> CE 24 févr. 1971, *Sté « Le Crédit industriel de l'Ouest, Lebon n° 78694*.

<sup>16</sup> CE, 10 octobre 1969, consorts Muzelier, *Rev. adm.*, p. 1970 ; T. confl. 19 nov. 2001, Mlle Mohamed, n° 3272, *AJDA* 2002. 234, note PETIT ; *D.* 2002. 1446, concl. BACHELIER.

<sup>17</sup> Yves GAUDEMET, *op. cit.*, p. 92.

<sup>18</sup> TC, 23 avril 2007, Mme Desdions c/communauté d'agglo. Bourges, *Lebon*, p. 376.

<sup>19</sup> Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif*, 13<sup>ème</sup> éd., 2017-2018, Gualino, 2017, p. 190 (256 p.).

En effet, l'attribution de la compétence en matière de voie de fait et d'emprise est une exception au principe fondamental de séparation des pouvoirs du juge administratif et du juge judiciaire puisque c'est ce dernier qui est compétent en la matière. C'est évidemment le particularisme tchadien. En France il y a un partage de compétence avec plus de pouvoirs au juge administratif aujourd'hui.

Arme puissante du juge judiciaire depuis quelques décennies, la notion de voie de fait et d'emprise a renforcé considérablement le pouvoir de celui-ci, considéré comme le gardien de la propriété privée et des libertés individuelles. Ce pouvoir que tient le juge judiciaire français pour défendre les libertés individuelles conformément à l'article 66 de la constitution française<sup>20</sup> est reconnu également au juge tchadien. En effet, il ressort expressément de l'article 143 de la Constitution tchadienne que : « Le pouvoir judiciaire est exercé au Tchad par la Cour Suprême, les Cours d'Appel, les Tribunaux et les Justices de Paix. // Il est le gardien des libertés et de la propriété individuelle et veille au respect des droits fondamentaux ». Il est vrai qu'en France, en dehors des textes législatifs et réglementaires sur la répartition des compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif, la jurisprudence est abondante, riche d'enseignement et est à l'origine des nombreux pouvoirs en l'absence des textes en la matière. Cette évolution est infinie en France alors qu'elle est balbutiante et stagnante au Tchad. La prégnance du juge judiciaire tchadien en la matière est incontestable.

Aujourd'hui, l'on doit affirmer sans se tromper que la théorie de voie de fait et de l'emprise comme source d'attribution de compétence au juge judiciaire est vidée de sa substance en droit français. Le juge judiciaire est devenu un juge accessoire en la matière. Or, il était impératif que ce soit le juge judiciaire qui ait le monopole de ce contentieux puisqu'il était considéré comme le seul à disposer des atouts suffisants pour traiter les situations de voie de fait, particulièrement pour son impartialité et sa garantie relative aux libertés fondamentales et aux propriétés privées. La courbe de l'histoire n'était pas contestable. Mais depuis le 17 juin 2013, l'assaut décisif du juge administratif grâce aux procédures des référés a assommé le juge judiciaire qui s'incline désormais devant lui en matière de voie de fait et d'emprise<sup>21</sup>. La Cour de cassation elle-même l'a confirmée. Par deux arrêts, l'un rendu par la troisième chambre civile le 11 mars<sup>22</sup>, l'autre par la première chambre

---

<sup>20</sup> Article 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. // L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>21</sup> TC, 17/06/2013, *M. Bergoend c/ Sté ERDF Anecy Léman* : n° C3911 ; pub. Au *Lebon* p. 370.

<sup>22</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mars 2015, FS-P+B, n° 13-24.133.

civile le 19 mars 2015<sup>23</sup>, la Cour de cassation est venue confirmer la lecture restrictive de la théorie de la voie de fait dégagée par le Tribunal des conflits dans son arrêt de principe du 17 juin 2013, *Bergoend contre Société ERDF Annecy-Léman*, et de ce fait, la réduction drastique de la compétence judiciaire, tant en matière d'atteintes aux libertés que concernant le droit de propriété.

Si la voie de fait a subi une transformation substantielle, l'emprise en revanche a été abandonnée par l'arrêt du TC, du 9 décembre 2003 *M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer*. Au Tchad *a contrario*, rien ne bouge, rien ne change quant à la conception traditionnelle de la théorie de la voie de fait et de l'emprise. C'est cette évolution croissante de la jurisprudence française qui motive le choix de notre étude comparative entre le Tchad et la France. Au regard de ce qui précède, il est important de s'interroger pour savoir quelle est la conception originelle de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait et de l'emprise dans les deux systèmes juridiques et quel serait son avenir par rapport à son déclin en France et son maintien en droit tchadien ?

Cette préoccupation nous conduira de prime abord à examiner le champ d'application originelle de la théorie de la voie de fait et de l'emprise avec une analogie entre les deux pays (I) quitte à revenir après sur la dégénérescence proprement dite de la voie de fait par l'affirmation de la compétence du juge administratif qui présente un hiatus entre les deux pays (II).

### **I. Le champ d'application originelle de la théorie de voie de fait et de l'emprise : une analogie entre les deux pays**

La théorie de la voie de fait qualifie un comportement où l'administration agit complètement en dehors du droit. Autrement dit, il y a le manque de droit et de procédure dans les décisions administratives (A). Cette situation consacre de manière absolue la compétence du juge judiciaire dans la conception originelle de théorie de voie de fait et de l'emprise (B). La compétence du juge judiciaire a été reconnue comme telle pour sanctionner ces actes de violence afin de faire respecter le droit. Exception faite aux décisions non réglementaires, le juge judiciaire étend sa compétence aux décisions réglementaires et individuelles<sup>24</sup> dès lors qu'elles se trouvent à l'origine de la voie de fait et d'emprise.

---

<sup>23</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2015, FS-P+B, n°14-14.571.

<sup>24</sup> TC, 30 octobre 1947, *Epoux Barinstein C/Lemonnier*, *Lebon* 511, *D.* 1957, 476 ; TC, 17 octobre 211, *SCEA du Chéneau, Cherel c/INAPORC CENIEL*, req. n° 3828,

**A. Le manque de droit et de procédure dans les décisions administratives**

Il y a manque de droit dès lors que l'autorité administrative exécute ou menace d'exécuter un acte « manifestement insusceptible d'être rattaché à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration<sup>25</sup> ». Pour Charles Debbasch et Frédéric Colin, le manque de droit et la voie de fait résultent d'une décision grossièrement illégale. L'exécution, même légale, d'une telle décision constitue une voie de fait<sup>26</sup>. Il faut cependant que cette illégalité ait un certain degré de flagrance, sinon elle demeurerait une illégalité pure et simple et ne deviendrait pas une voie de fait<sup>27</sup>. L'arrêt Carlier fournit une parfaite illustration et permet de comprendre sans difficulté la notion. Dans cette affaire, le requérant était architecte et désirait visiter et photographier la cathédrale de Chartres. Le maire lui en avait interdit l'accès de certaines parties, et, comme il n'avait pas respecté cette interdiction, les forces de police avaient saisi les clichés. Le Conseil d'État a distingué catégoriquement les deux actes : la décision de refus d'accès et la décision de saisir des clichés. Le refus d'accès a été considéré comme un acte d'administration qui devait relever, même en cas d'irrégularité, du juge administratif. Au contraire, la décision de saisir les clichés a été considérée comme constitutive d'une voie de fait parce qu'aucun principe ne permet à l'administration de confisquer des objets appartenant à un particulier. Une telle saisie ne pouvait être considérée comme un acte d'administration. Elle revêtait le caractère d'irrégularité manifeste en fonction du caractère exceptionnel<sup>28</sup>. Le comportement qui n'a pas de lien avec le droit est celui de la saisie des clichés. Il s'agit d'un comportement qui n'est pas susceptible d'être rattaché au pouvoir de l'administration. Cet agissement est qualifié par les professeurs Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit de « mesure manifestement hors des attributions de l'administration<sup>29</sup> ». L'irrégularité de l'acte est telle qu'il est en quelque sorte dénaturée, ce qui lui interdit de bénéficier du privilège de juridiction<sup>30</sup>.

---

Lebon 698, AJDA, 2012. 27 Chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; RFDA 2011. 1122, concl. J.-D. SARCELET.

<sup>25</sup> Agathe VAN LANG et autres, *Dictionnaire de droit administratif*, 5<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2008, p. 411 (440 p.).

<sup>26</sup> Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, *Droit administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., Economica, 2004, p. 603 (782 p.).

<sup>27</sup> TC, 20 avril 1959, Dame Péghéon, *Rec.*, 867.

<sup>28</sup> Conseil d'État 18 novembre 1949, *Carlier* précité.

<sup>29</sup> Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *op. cit.*, p. 461.

<sup>30</sup> *Id.*

Habituellement l'administration procède à une exécution matérielle pour modifier l'ordonnement juridique existant. On pourra dire autrement qu'il y a détournement de pouvoir de la part de l'autorité publique même si la notion est difficile à cerner de nos jours où les intérêts publics et privés se mélangent facilement<sup>31</sup>. C'est dire que l'administratif a exercé ses compétences à des « fins étrangers à la satisfaction de l'intérêt général<sup>32</sup>»; en définitive, elle est au service d'intérêts particuliers. Disons enfin que le détournement de pouvoir n'emporte pas nécessairement la compétence du juge judiciaire. Le juge de l'excès de pouvoir garde son privilège.

Ainsi, la jurisprudence considère comme tel le refus à un officier du droit de pénétrer dans son logement comme étant constitutif de voie de fait<sup>33</sup>. De même, le retrait de passeport avec motivation fiscale a été considéré comme voie de fait<sup>34</sup>. La destruction des biens mobiliers d'une association expulsée du local qu'elle occupait indûment<sup>35</sup> ou encore l'exécution forcée d'un arrêté du préfet de police ordonnant la fermeture d'un local, obtenue en faisant murer la porte<sup>36</sup>, etc. sont autant d'exemples de voie de fait.

S'agissant du manque de procédure, il faut préciser à cet égard que c'est lorsque la voie de fait résulte de l'exécution forcée irrégulière d'une décision, même régulière<sup>37</sup>. C'est lorsque l'administration omet de respecter des formalités substantielles et qu'elle procède à l'exécution d'une décision sans avoir fait prendre une décision juridique, notamment en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Il s'agit de l'irrégularité affectant la condition d'exécution d'une décision administrative. Le cas le plus fréquent est celui du recours à l'exécution forcée alors que les conditions de l'exécution forcée ne sont pas réunies. Par exemple, lorsque l'administration recourt à l'exécution forcée malgré l'existence de sanctions pénales<sup>38</sup>, pour l'exhumation de corps enterrés dans un cimetière, ce qui viole le respect dû aux morts<sup>39</sup>.

Le non-respect de la procédure est le domaine de prédilection de la voie de fait. C'est l'hypothèse de l'exécution forcée qui se trouve le plus souvent au centre de la voie de fait. Si l'administration doit agir pour faire cesser un

---

<sup>31</sup> Patrice CHRETIEN et autres, *Droit administratif*, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 721 (788 p.).

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> T.C. 27 juin 1966, Guigon, R. 830, JCP 1967. 15135. concl. LINDO.

<sup>34</sup> TC 1986 Eucat contre TPG.

<sup>35</sup> T.C. 4 juillet 1991, *Association "Maison des jeunes et de la culture Boris Vian"*.

<sup>36</sup> CE 11 mars 1998, *Ministre de l'intérieur c/ Mme A...*, n° 169794.

<sup>37</sup> Agathe VAN LANG et autres, *Dictionnaire de droit administratif*, *id.*

<sup>38</sup> T.C. 25 nov. 1963, Epoux Pelé.

<sup>39</sup> T.C. 27 mars 1952, Dame de la Murette.

trouble à l'ordre public, elle pourra le faire mais il va falloir que le trouble soit imminent. Là encore, le juge administratif procédera au contrôle de proportionnalité entre la mesure visant à faire régner l'ordre et le degré de menace en cause. Autrement dit, le principe de proportionnalité s'est imposé comme l'« exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise<sup>40</sup> ». Si elle intervient pour détruire un immeuble menaçant ruine, elle est habilitée à le faire certes mais à une condition : l'arrêt de péril doit être pris préalablement<sup>41</sup>.

Dans l'accomplissement de ses missions traditionnelles, l'administration commet souvent, pour ne pas dire quotidiennement, des entorses au droit. Tantôt elle viole les libertés fondamentales, tantôt elle porte atteinte au droit de propriété. La jurisprudence précise que, pour être qualifiés de tel, les agissements de l'administration doivent porter atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale<sup>42</sup>. L'atteinte à la propriété privée peut concerner aussi bien la propriété immobilière que la propriété mobilière<sup>43</sup>. En matière d'atteinte aux libertés publiques, la liberté d'opinion a été le fondement de la jurisprudence de l'arrêt de principe, Action française. En effet, il ressort de cet arrêt que la saisie des journaux était entachée d'irrégularités manifestes à deux égards : elle était insusceptible d'être rattachée à la police d'une part et d'autre part son exécution était interdite. De plus, l'exécution forcée suppose un ordre<sup>44</sup>.

Si l'exécution forcée, compte tenu de l'extrême gravité de certaines situations, constitue un moyen exceptionnel de sanctionner la non-exécution des actes administratifs, on ne peut admettre un recours à la contrainte que s'il est canalisé par le droit. La non canalisation d'une décision administrative qu'elle soit réglementaire ou individuelle par le droit entraîne son illégalité car elle n'est pas fondée sur un texte précis. L'obligation d'agir conformément au droit et dans le respect du principe de légalité est d'ordre général. Que l'on soit en France ou au Tchad ou ailleurs, le principe est le même. L'administration est soumise au droit.

---

<sup>40</sup> Cf. CE, 19 mai 1933, Benjamin, *Lebon*, p. 541 ; *GAJA*, 16<sup>e</sup> éd., n° 47, p. 295 ; *Sirey* 1934. 3. 1, concl. MICHEL, note MESTRE ; *D.* 1933. 3. 334, concl. MICHEL ; CE, Ass., 28 mai 1971, ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « *Ville nouvelleEst* », *Lebon*, p. 409, concl. BRAIBANT ; *GAJA*, 16<sup>e</sup> éd., n° 88, p. 606.

<sup>41</sup> TC, 12 janvier 1987, Mme Vve Caille et autres C/Commune de Voulgézac, *ADJA*, 1987, 424 ; TC, 22 juin 1998, Préfet de Guadeloupe.

<sup>42</sup> CE, Sect., 8 avril 1954, Dame Klein, *Rec.*, 219, *S.* 1961.3.249, note LASSALLE.

<sup>43</sup> TC, 27 janvier 1954, de la Monneraye, *Rec.*, 56 ; TC, 25 mai 1955, Société des huiles Antar, *Rec.* 181.

<sup>44</sup> TC, 8 avril 1935 - Action Française précité.

En somme, la théorie jurisprudentielle de la voie de fait et de l'emprise est remarquable en raison de ses conséquences qui sont radicales. L'action de l'administration, lorsqu'elle s'est placée hors du droit, est en quelque sorte dénaturée : il n'y a plus matière à en appeler à la séparation des fonctions administratives et judiciaires pour limiter la compétence de l'autorité judiciaire. Le juge judiciaire est alors investi d'une plénitude de juridiction : il a compétence tant pour constater la voie de fait et l'emprise irrégulière, que pour enjoindre à l'administration d'y mettre fin et pour assurer, par l'allocation de dommages et intérêts, la réparation des préjudices qu'elle a causés.

***B. La consécration absolue de la compétence du juge judiciaire dans la conception originelle de théorie de voie de fait et d'emprise***

Le principe a d'abord été consacré par la jurisprudence<sup>45</sup>. Les formules utilisées par la jurisprudence sont assez révélatrices : « la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire<sup>46</sup> », de même que « la sauvegarde de liberté individuelle<sup>47</sup> ». Les articles 66 de la Constitution française et 143 de la Constitution tchadienne affirment la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux. Que ce soit par le juge judiciaire<sup>48</sup> ou le juge constitutionnel<sup>49</sup> français, l'article 66 est régulièrement invoqué pour justifier la compétence de l'autorité judiciaire à connaître certains contentieux de l'Etat. Le Conseil constitutionnel est allé plus loin pour dire que la compétence conférée au juge judiciaire pour assurer l'indemnisation d'un propriétaire dépossédé d'un bien de nature mobilière ou immobilière constitue un « principe de valeur constitutionnelle<sup>50</sup> ».

Les illustrations législatives et réglementaires sont importantes. Nous évoquerons deux exemples pour illustrer cette affirmation : les tribunaux judiciaires sont compétents en matière d'expropriation<sup>51</sup> ; l'exclusivité de la

---

<sup>45</sup> René CHAPUS, *Droit administratif*, Tome1, 14<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2000, p. 836 (1399 p.).

<sup>46</sup> TC, 4 juin 1940 Soc. Schneider et Cie, p. 248.

<sup>47</sup> TC, 18 décembre 1947, Hilaire et Dme Cortesi, 2 arrêts, *D.* 1948, p.62.

<sup>48</sup> A titre d'illustration voir, Civ. 2<sup>ème</sup> 28 juin 1995, Préfet de la région Midi-pyrénées C. Bechta.

<sup>49</sup>Exemple, CC, 25 février 1995, loi relative à la sécurité : mentionnant les libertés publiques constitutionnellement garanties, « au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir, ainsi que l'inviolabilité du domicile.

<sup>50</sup> DC, 13 décembre 1985, *AJDA*, 171.

<sup>51</sup> Compétence conservée depuis la loi du 8 mars 1810, l'ordonnance du 23 octobre 1958 et le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique de 1977.

compétence des tribunaux judiciaire prescrite par le Code français de procédure pénale de 1957<sup>52</sup>.

Au regard de ce qui précède, le juge judiciaire est traditionnellement reconnu comme le gardien du droit de propriété et des libertés fondamentales, ce qui explique notamment sa compétence pour juger l'administration dans le cadre de l'application de la théorie de la voie de fait et de l'emprise dès lors que celle-ci est manifestement irrégulière. Apparue dans le courant du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>53</sup>, la théorie de la voie de fait avait vocation à lutter contre les pratiques arbitraires du pouvoir. Elle permet de sanctionner l'administration lorsqu'elle a soit « procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets si cette décision est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative<sup>54</sup> ». Le juge constitutionnel tchadien a adopté la même position à l'encontre du gouvernement en ce qui concerne le droit de propriété et des libertés fondamentales. Il a saisi l'occasion pour défendre le droit de propriété dans sa décision n°010/CC/SG/2014 du 23 décembre 2014 qui reste une référence au Tchad. Cette décision, quand bien-même elle reste transversale<sup>55</sup>, a affirmé la sacralisation de la propriété privée<sup>56</sup> et sanctionne sa violation par l'administration. Par l'exercice de ce contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel a été conduit à apporter des précisions sur la portée de certains droits constitutionnellement consacrés, en particulier le principe d'égalité, le principe de l'inviolabilité de la propriété privée et le droit de fixer librement son domicile ou sa résidence en un lieu quelconque du

---

<sup>52</sup> Aux termes de l'article 136, « les tribunaux judiciaires sont toujours exclusivement compétents » pour statuer dans les « instances civiles », fondées sur des faits constitutifs à la liberté individuelles réprimés par le Code pénal.

<sup>53</sup> CE, 9 mai 1867, Duc d'Aumale : *S.* 1867, III, p. 124, concl. AUCOC, note CHOPIN. TC, 13 mai 1875, Lacombe : *Rec.* 896 précité.

<sup>54</sup> TC 19 novembre 2011, n° 3272, Dlle. Mohamed : Préfet de police c/ TGI Paris et Mohammed c/ min. Int. : *AJDA* 2002, p. 234, S. Petit

<sup>55</sup> Elle ne concerne pas seulement et spécifiquement l'inconstitutionnalité dudit code qui ne ressort pas du domaine de la loi mais elle intègre entre autre le principe d'égalité des citoyens devant la loi, celui de la liberté de fixer son domicile et le droit de propriété.

<sup>56</sup> Article 41 de la Constitution tchadienne précise que : « La propriété privée est inviolable et sacrée. // Nul ne peut en être dépossédé que pour cause d'utilité publique dûment constatée et moyennant une juste et préalable indemnisation ».

territoire national reconnu à tout tchadien<sup>57</sup>. Certaines de ces libertés font partie du bloc de la constitutionnalité<sup>58</sup>.

En matière d'emprise irrégulière, la compétence du juge judiciaire s'affirme davantage et elle en résulte la réparation du préjudice, pour autant que l'irrégularité de la dépossession, condition *sine qua non* de sa compétence ait été constatée par le juge administratif<sup>59</sup>. Autrement dit, la compétence des juridictions judiciaires est subordonnée au caractère irrégulier de la dépossession ou de l'occupation de l'immeuble<sup>60</sup>. Au stade actuel de l'évolution de la jurisprudence française, l'emprise irrégulière comme critère de la compétence du juge judiciaire est abandonnée. Le Tribunal des conflits a mis fin à la théorie de l'emprise irrégulière en considérant que « Dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour connaître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction du droit de propriété<sup>61</sup> ».

Néanmoins, il faut préciser qu'avant cet arrêt du Tribunal des conflits, le pouvoir de contrôle du juge judiciaire à l'égard de l'administration par rapport à ses comportements constitutifs d'une voie de fait et d'une emprise se manifeste également en dehors des allocations des dommages-intérêts, de défense des libertés et des droits fondamentaux qu'il ne faut pas perdre de vue. Il s'agit tout d'abord pour le juge judiciaire d'enjoindre l'administration de cesser des comportements relevant de la voie de fait : injonction d'évacuer les locaux occupés, d'enlever les baraquements installés sur un terrain, de restituer les objets mobiliers saisis, de libérer les personnes arrêtées ou détenues<sup>62</sup>. Ensuite, il détient également un pouvoir d'injonction propre à

---

<sup>57</sup> Article 43de la Constitution tchadienne.

<sup>58</sup> Allah-Adoumbeye DJIMADOUNGAR, « Le contrôle de constitutionnalité des lois au Tchad », *Revue Africaine de Sciences Politique et Sociales* n° 10, décembre 2016, p. 136.

<sup>59</sup> TC, 17 mars 1949, Société Rivoli-Sébastopol, *Lebon*, 294 ; CE, Sect., 15 février 1961, Werquin, *Lebon* 11\_ ; *RD publ.* 1961. 321, concl. BRAIBANT ; TC, 6 mai 2002, M. et Mme Binet C. EDF, *JCP* 2002, Concl. J. DUPLAT ; *CJEG* 2002, p. 646, note B. GENEVOIS.

<sup>60</sup> Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, p. 390 (633 p.).

<sup>61</sup> TC, 9 décembre 2003, Pannizon c/Commune de Saint-Palais-sur-Mer, n° C3931, *AJDA*, 2014.216, chron. A. BRETONNEAU, J. LESSI, précité.

<sup>62</sup> René CHAPUS, *op. cit.*, p. 852. Voir aussi TC, 17 juin 1948, Manufacture de velours et peluches, p. 513.

prévenir la commission de voies de fait. Enfin, son pouvoir d'apprécier la légalité est reconnu. Il s'agit à cet égard du pouvoir d'interprétation de toutes les décisions administratives, réglementaires et individuelle à l'origine de voies de fait. Or, le contrôle de légalité a toujours été qualifié en temps normal comme un pouvoir égoïste du juge administratif. Mais dans des circonstances de voie de fait, ce pouvoir échappe au juge administratif. Au Tchad, le juge judiciaire n'exerce pas le pouvoir d'injonctions de manière absolue. En revanche, le Tribunal de première instance comme la Cour d'appel, saisi par voie incidente, a compétence pour interpréter les actes administratifs de quelque nature qu'ils soient et pour en apprécier la légalité, lorsque de cet examen dépend de la solution du procès pénal qui leur est soumis<sup>63</sup>.

Lorsqu'un acte de l'administration est entaché d'irrégularités exceptionnelles, il fait l'objet d'une dénaturation. Il perd sa qualité d'acte administratif et ne peut plus être considéré comme rattaché à la compétence administrative. Logiquement, il en résulte que cet acte devenu une simple voie de fait, et non plus une voie de droit, échappe à la compétence administrative et relève du juge judiciaire.

Aujourd'hui ces explications sont devenues obsolètes, le juge judiciaire n'est plus le seul à être suffisamment armé. Et c'est d'ailleurs pour cette raison qu'en 2013, le juge administratif et le Tribunal des conflits sont venus, de concert, changer la notion de voie de fait et en faire évoluer le contentieux<sup>64</sup>.

## **II - De la dégénérescence de la voie de fait à l'affirmation de la compétence du juge administratif : le hiatus entre les deux pays**

La remise en cause de la théorie de la voie de fait et d'emprise commençait à préoccuper l'esprit des auteurs il y a bien longtemps. Si certains sonnent le glas de la voie de fait<sup>65</sup>, d'autres en revanche ont annoncé son déclin<sup>66</sup> avant de parler de sa résurrection<sup>67</sup>. Mais pendant combien de temps sa résurrection a-t-elle duré ? Moins d'un demi-siècle entre la date à

---

<sup>63</sup> Article 32 de la loi n° 004/PR/98 portant organisation judiciaire.

<sup>64</sup> Thaïs AUGUSTIN, « La victoire du juge administratif : le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait », Gweltaz ÉVEILLARD (dir.), *La guerre des juges aura-t-elle lieu ? - Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016. En ligne sur [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu). Précité.

<sup>65</sup> Voir les conclusions de Jacques FOURNIER sur CE 9 juillet 1965 *Sieur Voskresensky*.

<sup>66</sup> G. LECLERCQ, « Le déclin de la voie de fait », *RDP* 1963.657.

<sup>67</sup> A. BOCKEL, « La voie de fait : mort et résurrection d'une notion discutable », *D.* 1970, chron. 29.

laquelle A. Bokel annonçait sa résurrection et l'adoption de la loi du 30 juin 2000 réformant les procédures d'urgence puis par la décision du Tribunal des conflits du 17 juin 2013, *M. Bergoend*, la nouvelle page est tournée. Le coup fatal était porté par le Conseil d'Etat<sup>68</sup> lui-même six mois avant la décision Bergoend rendu par le TC. Il s'agit pour le juge administratif français de reprendre sa compétence traditionnelle en tant que juge des contentieux administratifs (A). Ce qui n'est pas une évidence au Tchad. Le mimétisme semble s'écarter de la réalité. La prééminence du juge judiciaire dans les contentieux de l'Etat reste un tabou (B).

***A. La reprise de la compétence du juge administratif : une évolution inédite de la jurisprudence française***

Le juge judiciaire régnait en maître et occupait en partie le terrain du contentieux administratif. Il était juge des libertés individuelles et des droits fondamentaux dans toutes ses composantes<sup>69</sup>. La jurisprudence reconnaît la compétence au juge judiciaire essentiellement en matière de protection de la propriété privée et d'appréciation de la légalité et d'interprétation des actes administratifs<sup>70</sup>. En outre, l'action en responsabilité engagée par la victime d'un dommage contre un agent public en raison de fautes personnelles relève, quel qu'en soit le bien-fondé, de la compétence de la juridiction judiciaire<sup>71</sup>. Pratiquement, cette théorie a permis au juge judiciaire de prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration, ce que le juge administratif se refusait de faire. Son intérêt est devenu toutefois très relatif depuis que la loi du 30 décembre 2000 a instauré une procédure de référé-liberté qui confère au juge administratif de nouveaux pouvoirs. C'est à dire, que le juge peut en cas d'urgence ordonner toute mesure nécessaire à sauvegarder d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté atteinte de façon grave dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs. Autrement dit, le juge administratif a

---

<sup>68</sup> CE, ord., 23 janv. 2013, Commune de Chirongui ; *AJDA*, 2013, p. 788, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO ; *D.A.*, 2013, n° 24, note S. GILBERT ; *JCP Adm.*, 2013, p. 2047, note H. PAULIAT, p. 2048 note O. LE BOT ; *RFDA*, 2013, p. 299, note P. DELVOLLE.

<sup>69</sup> Cf. lire les arrêts suivants : Conseil d'État 10 octobre 1969 *Muselier* : *AJDA* 1969 p. 699 au sujet d'une apposition de scellées au domicile d'un officier de marine lors de son décès ; Tribunal des conflits 4 juillet 1934 *Curé de Réalmont* ; Tribunal des conflits 27 juin 1966 *Capitaine Guigon* : *AJDA* 1966 p. 547 ; Tribunal des conflits 10 décembre 1956 *Randon* ; Tribunal des conflits 25 novembre 1963 *Commune de Saint-Just-Chaleyssin* ; Cass. 1<sup>o</sup> civ. 24 octobre 1977 *Commune de Bou Guenais* : *JCP* 1979 II 19.157 ; Tribunal des conflits 9 juin 1986 *Eucat* : *RDP* 1987 p. 1073, etc.

<sup>70</sup> Marie-Christine ROUAULT, *op. cit.*, p. 189.

<sup>71</sup> TC, 15 juin 2015, C., n° 4007.

enfin été doté des pouvoirs de contraintes et de procédures d'urgence qui lui faisaient cruellement défaut. La nature du référé-liberté aurait pu laisser supposer que le juge administratif pourrait désormais être compétent pour prévenir ou faire cesser une voie de fait. Mais c'était sans compter avec le législateur et le Tribunal des conflits qui, bien au contraire, l'un au soutien de l'autre, sont venus réitérer l'étanchéité entre voie de fait et compétence du juge administratif<sup>72</sup>. Le juge administratif est passé à l'acte et s'est déclaré officiellement compétent pour en faire cesser les atteintes dans son arrêt *Alberigo* 2010<sup>73</sup>.

Mais c'est en janvier 2013 que le coup d'éclat apparaît dans une ordonnance de référé-liberté dite *Commune de Chirongui*. Par cette décision, le Tribunal des conflits a redéfini la notion de voie de fait : « qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration, // soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, // soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative<sup>74</sup> ». Contrairement à l'emprise irrégulière, l'arrêt *Bergoend* n'a pas abandonné la voie de fait. Il a simplement resserré son champ d'application. Deux conditions principales sont posées pour qu'il ait voie de fait entraînant la compétence du juge judiciaire.

Désormais, en ce qui concerne les atteintes au droit de propriété, seules celles qui conduisent à « l'extinction » de ce droit sont qualifiées de voies de fait. Par ailleurs, l'arrêt précise que l'implantation irrégulière d'un ouvrage public sur un fonds privé se rattache aux pouvoirs de l'administration. Partant, dans cette décision, la voie de fait connaît une double réduction. D'une part, ne sont plus visées les atteintes graves mais seulement les atteintes conduisant à l'extinction du droit de propriété et, d'autre part, il apparaît qu'implanter sans titre un ouvrage public sur un terrain privé est un acte se rattachant aux pouvoirs de l'administration.

C'est le Tribunal des conflits qui a porté le premier coup de butoir en estimant que « l'implantation, même sans titre, d'un tel ouvrage public de distribution d'électricité, qui, ainsi qu'il a été dit, ne procède pas d'un acte

---

<sup>72</sup> TC, 23 octobre 2000, Boussadar ; *D.* 2001, p. 2334.

<sup>73</sup> TC, 12 mai 2010, *Alberigo, T.*, p. 694-904.

<sup>74</sup> TC, 17/06/2013, *M. Bergoend c/ Sté ERDF Annecy Léman* précité.

manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose la société chargée du service public, n'aboutit pas, en outre, à l'extinction d'un droit de propriété ; que, dès lors, elle ne saurait être qualifiée de voie de fait » .

Cette nouvelle définition de la voie de fait a été appliquée par la Cour de cassation en décembre 2015<sup>75</sup>, et confirmée peu après par le Tribunal des conflits<sup>76</sup>. Par ailleurs, l'arrêt entraîne l'extension du champ d'application de l'emprise irrégulière. Les dépossessions ne conduisant pas à l'extinction du droit de propriété devront être qualifiées d'emprise irrégulière, peu importe leur degré de gravité. Jusqu'en 2013, leur gravité entraînait leur qualification en voie de fait puisqu'elles constituaient une atteinte grave à la propriété. Le Tribunal des conflits est, en conséquence, revenu sur la théorie de l'emprise irrégulière. Désormais, le juge administratif est compétent pour statuer sur une demande en réparation du préjudice résultant d'une emprise irrégulière<sup>77</sup>. Avant, il ne l'était qu'en cas d'emprise régulière<sup>78</sup>. Aussi, la doctrine a été partagée quant au fait de savoir si la voie de fait survivrait. Certains auteurs ont considéré qu'elle tendait à disparaître. Le professeur Delvolvé par exemple, s'est demandé si cette décision ne sonnait pas « *la fin de la théorie et du régime de la voie de fait au profit du système du référé-liberté* ». Il conclut néanmoins son analyse, au grand soulagement de tous les amoureux de ce mécanisme exceptionnel de protection des libertés, que « l'ordonnance relativise la portée juridictionnelle de la voie de fait » sans la faire disparaître « ni comme théorie ni comme réalité<sup>79</sup> ». Pour Hélène Pauliat, « Le juge du référé-liberté a-t-il mis fin aux jours de la « folle du logis »<sup>80</sup> » A n'en pas douter les commentaires de l'arrêt *M. Bergoend c/ Société ERDF Anecy Léman*, rendu par le Tribunal des conflits le 17 juin 2013, ne devraient donc pas déroger à ce classique des Facultés de droit : l'éloge funèbre de la voie de fait.

Un nouvel arrêt vient d'enfoncer le clou en appliquant ce raisonnement à la théorie de l'emprise irrégulière: « dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour

---

<sup>75</sup> Cass. Civ. I, 9 décembre 2015, n° 14-24.880.

<sup>76</sup> TC, 11 janvier 2016, Réseau ferré de France c/ M. M..., n° 4040.

<sup>77</sup> TC, 9 déc. 2013, précité.

<sup>78</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 oct. 2014, n° 13-27.484. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mars 2015, n° 13-24.133. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2015, *Cté d'agglomération de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 14-24.880. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2014, *Cne d'Uzerche*, n° 12-28.248.

<sup>79</sup> Pierre DELVOLVÉ, « Référé-liberté et voie de fait », *RFDA* 2013 p. 299.

<sup>80</sup> *JCP A* 2013. 2047.

connaître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction du droit de propriété ». Ces différentes évolutions sont révélatrices et montrent véritablement le déclin de la vieille théorie en droit français. Ce qui n'est pas le cas au Tchad. Le juge judiciaire conserve sa prééminence et règne en maître.

***B. La perpétuelle prééminence de la compétence du juge judiciaire tchadien en matière de la voie de fait et d'emprise***

La théorie de la voie de fait et d'emprise au Tchad n'a pas connu une évolution jurisprudentielle spectaculaire comme en France. Le problème tchadien est dû au fait que la jurisprudence n'a pas trop évolué. Or, le droit tchadien est d'inspiration française. Il puise sa source dans le droit français. C'est ce qui caractérise son mimétisme. Mais en pratique, l'on voit un décalage qui le situe aux antipodes. Si la jurisprudence française est sans cesse évolutive, l'on a tout intérêt de croire qu'elle devait inspirer le juge tchadien dans son rôle de gardien des libertés et droits fondamentaux.

Il est un constat qui conduit à conclure qu'il existe un fossé entre les deux systèmes. Au stade actuel, le juge tchadien peine à s'assumer, à se décider en toute indépendance. L'autonomisation du juge tchadien est compromise par le manque de spécialisation dans la formation des magistrats quand bien même il existe une chambre administrative dans les Tribunaux, les Cours d'appel et la Cour Suprême. La recherche des intérêts personnels conduit à sacrifier les droits humains et les libertés fondamentales. Il faut ajouter à cela l'immixtion de plus en plus récurrente de l'exécutif dans le pouvoir judiciaire, etc. Or la Constitution tchadienne proclame dans son article 148 qui dispose en substance que : « Le pouvoir judiciaire est exercé au Tchad par la Cour Suprême, les Cours d'Appel, les Tribunaux et les Justices de Paix. Il est le gardien des libertés et de la propriété individuelle et veille au respect des droits fondamentaux<sup>81</sup> ». Le juge dispose ici d'une plénitude juridiction puisqu'il peut examiner si les conditions de la voie de fait sont réunies, c'est-à-dire apprécier la légalité des actes qui en sont à l'origine, ainsi qu'ordonner la cessation ou la réparation de la voie de fait<sup>82</sup>. Tel est le fondement de la suprématie de l'autorité judiciaire tchadienne sur les atteintes dont l'administration peut porter aux personnes, à leurs biens, qu'il soit mobilier ou immobilier ou encore que la décision d'atteinte s'inscrive dans un cadre régulier ou irrégulier.

---

<sup>81</sup> Cf. la nouvelle Constitution du 4 mai 2018.

<sup>82</sup> Pierre SERRAND, *Droit administratif : les obligations*, Tome II, puf, Paris, 2015, p. 252 (305 pages).

## La théorie jurisprudentielle de la voie de fait et de l'emprise

En tout état de cause, la spécialisation ne doit pas être entendue comme cause de cette lente évolution ou de la non-avancée jurisprudentielle car les magistrats tchadiens sont en majorité des privatistes et donc des juges judiciaires. Etant entendu que la compétence des tribunaux judiciaires est privilégiée pour tout ce qui a trait à la liberté individuelle, le droit de propriété, l'état et la capacité des personnes, le fonctionnement des services judiciaires<sup>83</sup>, le juge tchadien devrait au contraire être au rendez-vous de l'instauration de l'Etat de droit.

Ces pouvoirs largement reconnus au juge français peinent à s'affirmer en droit tchadien. Si le juge français est en mesure de donner des injonctions et d'enjoindre l'administration en matière de voie de fait et d'emprise, le juge tchadien, bien que gardien des libertés et des droits fondamentaux ne dispose pas de ce pouvoir.

Le pouvoir dont dispose le juge judiciaire tire sa source dans la Constitution. La loi fondamentale accorde plein pouvoir au juge judiciaire pour juger l'administration pour ses manquements. Cela doit se comprendre également par des sanctions prises contre la violation de la règle du droit, en cas de non-observation de la procédure légale et réglementaire des décisions administratives, de défaut de motivation des actes administratifs, etc. Mais le constat est assez décevant. Il existe une pauvreté doctrinale et une jurisprudence aride à tous égards. A ce niveau, une question de principe se pose: n'existe-t-il pas de violation des libertés fondamentales et des droits de propriété au Tchad ? Quelle est la place de la doctrine dans l'édification de l'Etat de droit au Tchad ? La réponse à ces questions interpelle la conscience des praticiens, des juristes et des défenseurs des droits de l'homme au Tchad. Les gouvernants ne sont pas concernés par cette question parce que la cause du mauvais classement du Tchad dans le concert des Etats démocratiques est voulue et entretenue par ces derniers.

Les atteintes manifestement illégales aux libertés publiques et aux droits fondamentaux au Tchad sont monnaies courantes et d'actualité ; elles sont quotidiennes sous l'œil impuissant des juges. L'on assiste fréquemment à des interdictions générales et absolues, des interpellations, des arrestations arbitraires et illégales, des fermetures d'entreprises de la presse écrite et audiovisuelle mais les juges tchadiens ne peuvent rien faire car eux aussi ont les mains liées. Ils font régulièrement objet d'intimidation et de sanction disciplinaire, voire de radiation par le Conseil supérieur de la magistrature<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Jean-Louis AUTIN et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2003, p. 293 (378 p.).

<sup>84</sup> Allah-Adoumbeye DJIMADOUMNGAR, « Exercice des libertés et pouvoir de police au Tchad et en France », *Revue Africaine de droit public*, Vol. V. n° 9, juillet-décembre 2016.

La radiation du corps de la magistrature d'Emmanuel Dekembe, magistrat qui avait claqué la porte lors du procès du député Gali Ngotté Gata<sup>85</sup>, refusant toute immixtion de l'exécutif dans le procès en cours, constitue un exemple révélateur.

En matière de voie de fait et d'emprise, il est assez difficile de montrer un corpus jurisprudentiel et doctrinal étoffé au Tchad. Néanmoins, une décision peut être interprétée comme ayant trait à cette théorie. Il s'agit de la décision relative à la Radio FM liberté qui a obtenu gain de cause dans son procès contre l'Etat par l'arrêt de la Cour suprême n° 012/CS/CA/2004 du 26/05/2004. La chambre administrative de la Cour suprême de N'djamena a condamné l'Etat tchadien à payer six millions de francs CFA (9 327 euros) d'indemnisation suite au préjudice subi par la radio FM-Liberté lors de sa fermeture par décision du ministre par intérim de la Sécurité, Routouang Yoma Golom pour "fonctionnement illégal" et "comportement déviant".

\*  
\* \*

En se référant aux arrêts du TC, du 9 décembre 2003, époux P. c/ commune de Saint-Palais-sur-Mer et du 17 juin 2013, Bergoend c/ Société ERDF Anecy Leman, le déclin de la théorie de la voie de fait et l'abandon de l'emprise en droit français ne souffrent d'aucun doute. Cette révolution est décisive au stade actuel de l'évolution de la jurisprudence française. L'emprise jusqu'en 2013, est définie comme la dépossession d'un particulier d'une propriété immobilière effectuée par l'administration<sup>86</sup>. On en déduit qu'elle constitue nécessairement une voie de fait lorsqu'elle est manifestement irrégulière<sup>87</sup>.

Selon Gilles Lebreton, les effets de la théorie de l'emprise s'effacent alors au profit de ceux de la voie de fait<sup>88</sup>. On voit apparaître clairement ici que les notions s'identifient. Elles font un seul corps de règle. En droit tchadien, le juge judiciaire, en sa qualité de juge des libertés et des droits fondamentaux conserve son hégémonie et reste naturellement, en matière de voie de fait et

---

<sup>85</sup> Le député Gali NGothé Gatta a été arrêté pour flagrant délit de braconnage et incarcéré à Sarh, chef-lieu de la région du Moyen Chari dont dépend sa circonscription électorale, le département du Lac Iro (Chef-lieu Kyabé). Condamné en première instance à un an de prison pour corruption et complicité de braconnage, la Cour d'appel de Moundou a annulé la procédure visant le député d'opposition Gali Ngothé Gatta.

<sup>86</sup> Gilles LEBRETON, *Droit administratif général*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 373.

<sup>87</sup> TC, 24 juin 1954, Soc. Trystram, *Lebon* 716.

<sup>88</sup> Gilles LEBRETON, *Ibid.*

## La théorie jurisprudentielle de la voie de fait et de l'emprise

d'emprise, seul compétent. En effet, si en France l'abandon de l'emprise est réel, l'on se demande si la voie de fait n'a pas aussi disparu. L'avenir nous en dira plus sur la question.

## BIBLIOGRAPHIE

- AUGUSTIN Thaïs, « *La victoire du juge administratif : le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait* », AUTIN Jean-Louis et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2003, 378 p.
- CHAPUS René, *Droit administratif*, Tome 1, 14<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2000, 1399 p.
- CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15<sup>ème</sup> éd., 2001.
- CHRETIEN Patrice et autres, *Droit administratif*, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, 788 p.
- DEBBASCH Charles et Frédéric COLIN, *Droit administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., Economica, 2004, 782 p
- DJIMADOUMNGAR Allah-Adoumbeye, « Le contrôle de constitutionnalité des lois au Tchad », *Revue Africaine de Sciences Politique et Sociales* n° 10, décembre 2016.
- DJIMADOUMNGAR Allah-Adoumbeye, « Exercice des libertés et pouvoir de police au Tchad et en France », *Revue Africaine de droit public*, Vol. V. n° 9, juillet-décembre 2016.
- ÉVEILLARD Gweltaz (dir.), *La guerre des juges aura-t-elle lieu ? - Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016.
- GAUDMET Yves, *Droit administratif*, 21<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2015, 537 p.
- LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, 457 p.
- LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2015, 583 p.
- LOMBARD Martine et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, 633 p.
- MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Droit Administratif*, 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2011, 774 p.
- ROUAULT Marie-Christine, *Droit administratif*, 13<sup>ème</sup> éd., 2017-2018, Gualino, 2017, 256 p.
- SERRAND Pierre, *Droit administratif : les obligations*, Tome II, PUF, Paris, 2015, 305 p.
- VAN LANG Agathe et autres, *Dictionnaire de droit administratif*, 5<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2008, 440 p.
- WALINE Jean, *Droit Administratif*, 26<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016, 787 p.

**LA PROBLEMATIQUE DE L'AUTORITE DES DECISIONS DE LA  
COUR CONSTITUTIONNELLE DU MALI ET DE  
L'INCONSTITUTIONNALITE D'UNE LOI  
DEJA PROMULGUEE :**

**l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000 sur la loi n°97-011 du 12 février  
1997 portant loi organique fixant le nombre, les conditions d'éligibilité,  
le régime des inéligibilités et des incompatibilités, les conditions de  
remplacement des membres de l'Assemblée nationale en cas  
de vacance de siège, leurs indemnités et déterminant  
les conditions de la délégation de vote**

**Dr Brahim Fomba,  
maître assistant à l'Université des sciences juridiques et politiques  
de Bamako Faculté de droit public(FDPU)**

Dans une de nos analyses datée de 1998 sur l'arrêt CC-96-003 du 25 octobre 1996 de la Cour constitutionnelle du Mali sur la loi électorale de 1996, notre conclusion fut la suivante : « Le mode de scrutin mixte institué par la loi électorale ne nous paraît pas contraire à la Constitution. Dans la perspective de la réforme de la loi électorale, il est certain que la question du mode de scrutin demeure l'enjeu majeur. D'un point de vue politique, nous demeurons convaincus que seul un mode de scrutin mixte peut véritablement faire la jonction des intérêts entre une opposition en voie de dépérissement et un parti majoritaire boulimique. Comment prévoir l'attitude de la Cour constitutionnelle ? Pour notre part, et compte tenu de ce que nous avons tenté de démontrer ici, il paraît en tout cas difficile, en dépit de l'autorité que revêtent ses décisions, d'admettre à l'avance que celui-ci puisse se lier d'avance lui-même. Ce serait interdire les revirements de jurisprudence. A défaut d'un scrutin mixte du type de celui qui a été annulé, le législateur malien pourrait imaginer d'autres modalités de ce système ou au besoin s'inspirer fortement d'autres pays. Il donnerait ainsi l'occasion à la Cour constitutionnelle de se rattraper ».<sup>1</sup>

Néanmoins, quatre années après l'arrêt CC-96-003 du 25 octobre 1996, la Cour constitutionnelle, dans des conditions encore plus problématiques, a

---

<sup>1</sup> B. FOMBA, « De la constitutionnalité du scrutin mixte en droit malien », *Revue du Citoyen*, n° 8, 1998, p. 6-8..

reconduit sa jurisprudence de 1996. L'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000 a censuré la loi organique fixant le nombre, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités, les conditions de remplacement des membres de l'Assemblée nationale en cas de vacance de siège, leurs indemnités et déterminant les conditions de la délégation de vote<sup>2</sup>. Ce faisant, la Cour constitutionnelle malienne ne s'est-elle pas érigée en « gouvernement des juges » ou en « censeur des entreprises gouvernementales ? »<sup>3</sup> La question n'est pas sans intérêt au regard des considérations qui ont fait jubiler une bonne partie de la classe politique malienne à l'annonce de l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000.

Il faut dire que dans son principe, une certaine ambiguïté entoure le contrôle de constitutionnalité des lois qui se trouve logé en plein cœur des relations politiques entre l'opposition et la majorité gouvernementale. Cependant l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000 de la Cour constitutionnelle ne doit pas être perçu sous le seul prisme des jeux de calcul entre forces politiques de la majorité et de l'opposition. Au-delà des appréciations politiques sous l'angle desquelles elles sont généralement appréciées, les décisions de la Cour constitutionnelle ne peuvent échapper à l'analyse juridique. Or depuis l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996, la Cour constitutionnelle malienne s'est habituée à quelques égarements sur des pistes jurisprudentielles parfois sinueuses. Sans exagération, la quasi-totalité des arrêts jusque-là rendus risquent de faire date, moins par leur rigueur, leur cohérence et leur pertinence juridique, que par l'impact politique qu'ils auront simplement suscité. A cet égard, la censure de la loi organique sur les députés retient l'attention au moins sur deux problématiques juridiques que pose l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000. La première est relative à la question de savoir en quoi la loi organique a-t-elle méconnu l'autorité de la décision de l'arrêt CC-96-003 du 25 octobre 1996. Quant à la seconde, elle interpelle par la question du bienfondé de la Cour constitutionnelle à invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée ?

C'est autour de ces deux questionnements que s'articule la présente analyse de l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000

---

<sup>2</sup> Cette loi organique à l'intitulé quelque peu long sera désignée dans cette contribution par l'expression « Loi organique sur les députés ».

<sup>3</sup> L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 1995, p. 256.

**I. La loi organique a-t-elle méconnu l'autorité de la décision de l'arrêt CC-96-003 du 25 octobre 1996 ?**

En général, la question de l'autorité des décisions de la juridiction constitutionnelle renvoie comme en France à l'absence de hiérarchie formelle entre d'une part les juridictions comme le Conseil d'État et la Cour de cassation, et d'autre part le Conseil constitutionnel, ce dernier n'étant notamment pas le supérieur des deux autres cours suprêmes. Au Mali, la Cour constitutionnelle ne se réclame pas d'un statut institutionnel hiérarchique par rapport à la Cour suprême. L'analyse de Marc Guillaume contribue largement à faire l'économie des problématiques essentielles qui s'y attachent<sup>4</sup>.

Contrairement à l'angle d'analyse de Marc Guillaume, la problématique de l'autorité des décisions de la Cour constitutionnelle telle que posée par l'arrêt CC-96-003 du 25 octobre 1996 renvoie plutôt à la relation entre la Cour constitutionnelle et le législateur. Par rapport à cette relation, il s'agit de comprendre comment s'exerce sur le législateur, l'autorité de la décision de la Cour constitutionnelle ?

Dans sa décision CC-000-121 du 6 octobre 2000, la Cour constitutionnelle invoque la méconnaissance par le législateur de l'autorité de sa décision de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996. En effet, selon le juge, cet arrêt ayant déjà posé l'inconstitutionnalité de principe du scrutin mixte, le législateur n'avait plus à lui proposer une nouvelle combinaison de scrutin mixte. Ce faisant, poursuit-il, celui-ci méconnaît l'autorité des décisions de la Cour constitutionnelle affirmée par l'article 94 la Constitution du 25 février 1992<sup>5</sup>. Afin de mieux juger de la pertinence d'une telle affirmation, il y a lieu d'examiner en premier lieu les motifs de la censure des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi organique sur les députés en relation avec l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 sur la loi électorale. C'est seulement après cette analyse que nous nous pencherons sur l'appréciation critique des motifs d'inconstitutionnalité avancés par la Cour constitutionnelle.

---

<sup>4</sup> M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30 (Dossier : Autorité des décisions) - janvier 2011, *Secrétariat général du Conseil constitutionnel*.

<sup>5</sup> « Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et à toutes les personnes physiques et morales... ».

***A. De l'inconstitutionnalité des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi organique sur les députés***

Pour bien comprendre les motifs d'inconstitutionnalité soulevés par la Cour constitutionnelle, il convient au préalable de rappeler les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi organique sur les députés qui étaient libellés ainsi qu'il suit :

Article 1<sup>er</sup> : « Le nombre des députés à l'Assemblée nationale est fixé à cent cinquante (150) « à raison de cent-dix (110) députés à élire au scrutin majoritaire à un tour dans le ressort du cercle et des communes du District de Bamako, et de quarante (40) députés à élire au scrutin proportionnel sur une liste nationale ».

Article 2 : « La répartition des sièges des députés à élire au scrutin majoritaire est fixée conformément au tableau annexé à la présente loi, à raison d'un siège par fraction de quatre-vingt-trois mille deux-cent-quatre-vingt-deux (83 282) habitants. Il est attribué un siège supplémentaire de député pour toute tranche restante comprise entre quarante-cinq mille (45 000) et quatre-vingt-un mille (81 000) habitants. Toutefois les circonscriptions électorales de moins de quatre-vingt-trois mille deux cent quatre-vingt-deux (83 282) habitants ont droit à un siège de député ».

L'inconstitutionnalité de ces deux articles de la loi organique résulte essentiellement de deux motifs relevés par la Cour constitutionnelle qui déclare d'une part que le mode de scrutin n'est pas du domaine de la loi organique, et d'autre part, que le scrutin mixte dans son principe est contraire à la Constitution du 25 février 1992. Si le premier motif soulevé paraît justifié au moins dans son principe, le second quant à lui, soulève quelques interrogations.

*1. L'inconstitutionnalité résultant du débordement du domaine de la loi organique*

Pour les élections en général, la Constitution malienne du 25 février 1992 renvoie à la loi ordinaire pour la détermination des principes fondamentaux du régime électoral<sup>6</sup>. Etant donné que le mode de scrutin est du domaine de la loi (ordinaire) par le truchement du régime électoral, la Cour a jugé que la loi organique ne doit pas porter sur le mode de scrutin qui, selon elle, ne relève pas de son champ de compétence. D'où son inconstitutionnalité résultant de la référence faite au mode de scrutin qu'il convient d'explicitier avant de s'interroger sur les raisons ayant pu conduire le législateur organique dans ce sens.

---

<sup>6</sup> Article 70 : « ... La loi détermine également les principes fondamentaux... du régime électoral... ».

a. De l'inconstitutionnalité de la référence au mode de scrutin

L'article 63 de la Constitution malienne du 25 février 1992 ne cite pas parmi les matières relevant de la loi organique sur les députés, le mode de scrutin de leur élection.<sup>7</sup> Conformément à cet article, la loi organique ne devrait pas traiter du mode d'élection des députés.

Cette inconstitutionnalité relevée par le juge constitutionnel concerne particulièrement l'article 1<sup>er</sup>. Ainsi la Cour déclare<sup>8</sup> : « Considérant que l'article 63 de la Constitution détermine comme matière relevant de la loi organique sur les députés leur nombre ; Qu'aucune autre disposition de la Constitution n'indique que le mode de scrutin pour l'élection des députés est du domaine de la loi organique ; Qu'en conséquence le membre de phrase « à raison de cent- dix (110) députés à élire au scrutin majoritaire à un tour dans le ressort du cercle et des communes du District de Bamako, et de quarante (40) députés à élire au scrutin proportionnel sur une liste nationale » est contraire à la constitution. La Cour en déduit une inconstitutionnalité qui selon elle, est liée au fait que le mode de scrutin ne devrait pas être traité par la loi organique. Au titre du droit comparé, on relève que ce motif supplémentaire d'inconstitutionnalité soulevé est conforme à une jurisprudence établie par le Conseil constitutionnel français selon laquelle celle-ci se considère saisie de l'ensemble de la loi, c'est à dire non seulement des articles organiques, mais aussi ceux ayant le caractère de loi.<sup>9</sup>

Ce motif d'inconstitutionnalité vise à faire respecter par le législateur l'intégrité du domaine de la loi organique en la purgeant ainsi des dispositions qui relèvent de la loi ordinaire « qui sont alors déclassées et pourront être modifiées à l'avenir par une loi ordinaire... »<sup>10</sup> Le contrôle dont il s'agit consiste essentiellement à vérifier si les dispositions déferées relèvent ou non de la compétence du législateur organique.

Lorsqu'il y a incursion du législateur organique dans le domaine de la loi ordinaire, c'est la jurisprudence du « déclassément » qui s'applique et qui, en tant que telle, ne constitue pas à proprement parler une sanction. Il est important de souligner à cet égard que les empiètements de la loi ordinaire sur le domaine constitutionnellement réservé à la loi organique n'emportent pas les mêmes conséquences. Ainsi en cas d'empiètement du législateur ordinaire sur le domaine de la loi organique, les dispositions en cause sont

---

<sup>7</sup> Article 63 : « Une loi organique fixe le nombre des membres de l'Assemblée nationale, leurs indemnités, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités ».

<sup>8</sup> Arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000.

<sup>9</sup> CC- Décision n° 75-62 du 28 janvier 1976.

<sup>10</sup> D. TURPIN, *Mémento de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Hachette, 1997, p. 137.

annulées. Il faut toutefois souligner que la Cour constitutionnelle du Mali ne connaît pas cette nuance établie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

b. Les raisons ayant conduit le législateur organique à traiter du mode de scrutin

La référence faite au mode de scrutin par le législateur organique n'était pas fortuite. En réalité, elle n'est que la conséquence de la relative cacophonie jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle elle-même. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la jurisprudence de l'arrêt CC-97-007 concernant la loi organique sur les députés datée de 1997 où elle avait déclaré ce qui suit : « Seule la loi organique ayant fixé le nombre des membres de l'Assemblée nationale doit aussi préciser les critères ayant prévalu à la détermination de ce nombre ainsi que son mode de répartition. » En d'autres termes, la Cour avait déclaré ne pas se satisfaire du chiffre brut du nombre des députés et ordonné au législateur de fixer les critères de cette détermination ainsi que le mode de répartition des députés par circonscription.

Dans son souci de respecter cette préconisation de l'arrêt 97-007, le législateur avait ainsi retenu deux critères : le critère démographique permettant de fixer le nombre d'habitants pour un siège de député et le critère du mode de scrutin pour fixer le nombre de députés selon la liste nationale et les listes de circonscription ou listes locales. En d'autres termes, il était quasiment impossible pour le législateur organique de satisfaire à la double exigence de l'arrêt 97-007 lui ordonnant de fixer les critères de détermination du nombre de députés ainsi que leur mode de répartition par circonscription, sans faire référence au mode de scrutin. C'est à cause de la force de cette contrainte que le législateur organique s'est vu obligé de passer par le mode de scrutin afin de déterminer le nombre de députés et surtout leur mode de répartition par circonscription (listes nationales et listes locales). Il n'a pas été suivi par le juge constitutionnel dans cette interprétation de son arrêt 97-007.

## *2. De l'inconstitutionnalité découlant du mode de scrutin mixte*

Par rapport aux articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi organique, la Cour retient un autre motif d'inconstitutionnalité lié au scrutin mixte. L'argument soulevé est que ce scrutin « *n'assure pas l'égalité de chance entre les candidats à l'élection des députés à l'Assemblée nationale* ». En réalité, la déclaration d'inconstitutionnalité du scrutin mixte est essentiellement fondée sur une jurisprudence antérieure de la Cour datée de 1996<sup>11</sup>. Avant de se prononcer

---

<sup>11</sup> Arrêt n° 96-003 du 25 octobre 1996.

sur la pertinence des arguments développés dans l'arrêt 000-121 du 6 octobre 2000, il est indispensable d'interroger au préalable l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996.

a. Le scrutin mixte de 1996 et l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996

L'inconstitutionnalité à la base de la censure par la Cour constitutionnelle de la loi électorale de 1996 est relative au scrutin mixte prévue par cette loi au niveau des articles 174 et 175 que la Cour va rejeter. En se fondant sur une argumentation fort discutable, la Cour a déclaré ce scrutin mixte non conforme à la Constitution du 25 février 1992.<sup>12</sup> En quoi consistait ce scrutin mixte et quel en était le montage juridique ? Il faut rappeler à cet égard que le législateur avait substitué au scrutin majoritaire à deux tours en vigueur aux élections législatives, un nouveau mode de scrutin législatif mixte combinant la représentation proportionnelle et le système majoritaire. L'article 174 de ladite loi prévoyait que « dans les circonscriptions qui ont un à trois sièges, l'élection a lieu au scrutin majoritaire à un tour ». Quant à l'article 175, il disposait que « dans les circonscriptions qui ont droit à quatre sièges ou plus, l'élection a lieu à la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne sans panachage ni vote préférentiel ».

Les arguments sur l'inconstitutionnalité du scrutin mixte de 1996

A propos de ces articles 174 et 175, il est bon de rappeler ce que disait exactement la Cour constitutionnelle : « Considérant que l'article 174 de la loi dispose « dans les circonscriptions qui ont un à trois sièges de députés, l'élection a lieu au scrutin majoritaire à un tour », que l'article 175 dispose « dans les circonscriptions qui ont droit à quatre sièges de députés ou plus, l'élection a lieu à la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne sans panachage ni vote préférentiel. Sur chaque liste, les sièges sont attribués aux candidats d'après l'ordre de présentation. » ; Considérant que l'article 2 de la Constitution dispose « tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoir. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, la religion et l'opinion politique est prohibée » ; que l'article 26 de la Constitution dispose « la souveraineté nationale appartient au peuple tout entier qui l'exerce par ses représentants ou par voie de référendum. Aucune fraction du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » ; que l'article 27 alinéa 1<sup>er</sup> de la constitution dispose « le suffrage est universel, égal et secret ». Considérant que les articles 174 et 175 de la loi prévoient non trois modes de scrutin, mais deux modes de scrutin pour l'élection des

---

<sup>12</sup> B. FOMBA, « De la constitutionnalité du scrutin mixte en droit malien », *Revue du Citoyen*, n° 8, 1998, p. 6-8.

députés à la même chambre, c'est-à-dire un scrutin majoritaire à un tour dans les circonscriptions qui ont un à trois sièges de députés et la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne sans panachage ni vote préférentiel dans les circonscriptions qui ont droit à plus de trois sièges. Considérant que les citoyens doivent désigner leurs représentants conformément aux principes fondamentaux dont le principe d'égalité des électeurs ; que les électeurs ne seraient pas égaux suivant qu'ils se trouveraient dans une circonscription de un à trois sièges ou qu'ils se trouveraient dans une circonscription de plus de trois députés; que le principe d'égalité entre les électeurs serait ensuite rompu dans la mesure où dans les circonscriptions de un à trois sièges les voix des petites formations politiques ne seraient pas prises en compte pour l'attribution des sièges car la majorité simple suffit tandis que dans les circonscriptions de plus de trois sièges avec la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne sans panachage ni vote préférentiel, les voix des électeurs des petites formations politiques seraient obligatoirement prises en compte dans l'attribution des sièges ; que le principe d'égalité des électeurs serait enfin rompu puisque le principe d'indivisibilité du corps électoral qui ne permet pas une différenciation d'ordre géographique ou territorial au sein de la république ne serait pas respecté ; qu'en conséquence, les articles 174 et 175 sont contraires à la Constitution. Considérant que la souveraineté est nationale ; que le mandat impératif est nul ; que le député ne représente ni la circonscription dans laquelle il a été élu, ni la formation politique qui l'a présenté, il représente la nation entière ; que les candidats pour les élections législatives aussi bien que les électeurs sont dans les mêmes situations et doivent subir les mêmes traitements ».

Des termes de l'arrêt, il ressort assez clairement que la censure de la Cour se fondait essentiellement sur deux motifs d'inconstitutionnalité : la distinction opérée entre les circonscriptions et la différenciation d'ordre démographique.

S'agissant de la distinction entre circonscriptions, le juge constitutionnel a déclaré que le principe d'égalité n'était pas respecté selon qu'on soit dans les circonscriptions de un à trois sièges de députés ou dans les circonscriptions de plus de trois députés : « Dans les circonscriptions de un à trois sièges, les voix des électeurs des petites formations politiques ne seraient pas prises en compte pour l'attribution des sièges, car la majorité simple suffit, tandis que dans les circonscriptions de plus de trois sièges avec la représentation proportionnelle..., les voix des électeurs des petites formations politiques seraient obligatoirement prises en compte dans l'attribution des sièges ».

Quant à la différenciation d'ordre démographique ou territorial, la Cour a également soutenu qu'il y a rupture du principe d'égalité, car « le principe

d'invisibilité du corps électoral qui ne permet pas une différenciation d'ordre démographique ou territorial au sein de la République ne serait pas respecté ».

Ces arguments fondés sur l'atteinte au principe d'égalité, nous paraissent discutables au double plan de l'approche théorique et du droit constitutionnel comparé.

***B. Analyse critique des arguments sur l'inconstitutionnalité du scrutin mixte***

C'est essentiellement au nom du respect du principe constitutionnel d'égalité que la Cour a censuré le scrutin mixte. Or, les arguments qu'elle met en avant sont d'une pertinence discutable d'une part, et d'autre part ils s'avèrent quelque peu péremptoirs.

*1. La pertinence discutable des arguments de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996*

a. De la mise en cause du principe d'égalité du fait de la distinction entre les circonscriptions

Dans l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996, le juge constitutionnel soutient que le principe d'égalité ne serait pas respecté selon que l'on est dans les circonscriptions de un à trois sièges de députés et dans les circonscriptions de plus de trois députés : « Dans les circonscriptions de un à trois sièges, les voix des électeurs des petites formations politiques ne seraient pas prises en compte pour l'attribution des sièges, car la majorité simple suffit, tandis que dans les circonscriptions de plus de trois sièges avec la représentation proportionnelle..., les voix des électeurs des petites formations politiques seraient obligatoirement prises en compte dans l'attribution des sièges ».

A travers cette démonstration, on peut aisément comprendre le souci de la Cour de préserver les droits des petites formations politiques. Néanmoins, si ce souci paraît justifié au nom du principe d'égalité garanti par la Constitution<sup>13</sup>, on ne saurait par ailleurs perdre de vue que l'égalité n'est jamais comprise comme devant être absolue. Le principe d'égalité interdit simplement toute discrimination entre deux individus se trouvant dans une situation juridique identique. Ainsi le Conseil constitutionnel français<sup>14</sup> a affirmé que « le principe

---

<sup>13</sup> Article 2 : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée ».

<sup>14</sup> Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 sur la loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.

d'égalité devant la loi implique qu'à des situations semblables, il soit fait application de solutions semblables ; mais des situations différentes peuvent recevoir des solutions différentes ».

Cette orientation est également confirmée par sa jurisprudence de la loi de finances pour 1985<sup>15</sup>. Dans ce sens, les circonscriptions d'un à trois sièges et celles de plus de trois sièges représentent deux situations différentes. Par conséquent, c'est plutôt au sein de ces deux catégories de circonscriptions que le juge aurait dû chercher à s'assurer du respect du principe d'égalité. A cet égard, il faut rappeler que les véritables problèmes liés au respect du principe d'égalité en matière de droit de suffrage sont classiques : il faut que la voix de chaque électeur pèse le même poids. Autrement dit, l'influence qu'un électeur exerce sur le résultat de l'élection doit être égale à celle qu'exerce chacun des autres électeurs : chaque suffrage doit avoir un poids égal à celui de tous les autres. Plus spécifiquement, le principe d'égalité en matière de droit de suffrage renvoie au vote et au découpage électoral. D'une part le principe d'égalité du droit de suffrage interdit de disposer de plus d'une voix (vote plural). Il s'oppose également à toute disproportion dans la taille des circonscriptions qui ne doivent pas être d'un poids démographique inégal, étant toutefois entendu que cet équilibre démographique peut éventuellement être écarté pour des motifs d'intérêt général.

b. De la rupture d'égalité du fait de la différenciation d'ordre démographique ou territorial

Le juge constitutionnel soutient qu'il y a rupture du principe d'égalité car « le principe d'indivisibilité du corps électoral qui ne permet pas une différenciation d'ordre démographique ou territorial au sein de la République ne serait pas respecté ». En ne définissant pas ce qu'elle entend par « indivisibilité du corps électoral » et surtout en ne précisant pas le rapport entre ce principe d'indivisibilité et la délimitation des circonscriptions électorales opérée par la loi en cause, la Cour constitutionnelle entretient un flou juridique.

Cette insuffisance au niveau de l'argumentation juridique de la Cour tend à créditer l'idée qu'il ne saurait y avoir comme seule et unique circonscription que le territoire national. Il est évident que si en théorie, l'Assemblée nationale

---

<sup>15</sup> Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 - Loi de finances pour 1985 [...] : « Considérant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation à la création et au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général, notamment, comme cela est prévu par l'article 79, des fondations et associations d'intérêt général à caractère culturel ; [...] ».

représente tous les citoyens en vertu du caractère collectif du mandat de député, en pratique et surtout compte tenu du facteur géographique, on peut très difficilement demander à chaque électeur de désigner tous les membres de cette institution. Dès lors, on est amené à découper le territoire en circonscriptions dont chacune désigne un nombre déterminé de représentants. Pas plus que sa première argumentation, cette deuxième atteinte supposée au principe d'égalité est discutable et témoigne davantage d'un certain fétichisme de la Cour constitutionnelle en la matière.

c. Le fétichisme du principe d'égalité

Les dispositions constitutionnelles relatives au principe d'égalité que la Cour invoque sont les suivantes :

- article 1<sup>er</sup> : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoir. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, la religion et l'opinion politique est prohibée ».

- article 26 : « La souveraineté nationale appartient au peuple tout entier qui l'exerce par ses représentants ou par voie de référendum. Aucune fraction du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

- article 27 alinéa 1<sup>er</sup> : « Le suffrage est universel, égal et secret ».

Comme le fait remarquer le professeur Rubio Llorente « ...le principe d'égalité constitue le foyer de la tension entre le législateur et le juge, entre la politique et le droit, et, par conséquent, son application est celle qui suscite le plus fréquemment les accusations d'activisme judiciaire et d'abdication du juge face à l'arbitraire du législateur ».<sup>16</sup> En fait, le contenu, la portée et le rôle de la notion d'égalité traduisent dans les divers systèmes et cultures juridiques, une conception de la société et de l'homme. En concevant l'égalité comme un principe général dégagé de toute référence textuelle ou contextuelle, le juge constitutionnel malien tombe dans un fétichisme d'autant moins justifiable que son invocation systématique, voire rituelle, ne repose en définitive que sur un fondement juridique fragile. Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi. Pour le juge constitutionnel qui est essentiellement chargé d'imposer le respect de la Constitution au législateur, et donc qui intervient au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, le problème fondamental est celui de savoir jusqu'où ne pas aller trop loin, c'est-à-dire de trouver le point d'équilibre entre la nécessité de

---

<sup>16</sup> Cité par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 125.

garantir l'effectivité des normes constitutionnelles et le souci de sauvegarder sa propre légitimité en ne remettant pas en cause systématiquement tous les choix arrêtés par le législateur. Comme l'affirme Ferdinand Melin, « De fait il est certain que le principe constitutionnel d'égalité, s'il est strictement entendu par le juge, peut représenter une menace pour pratiquement tous les choix effectués par le parlement puisque l'activité législative qui comporte nécessairement l'établissement de différenciation de traitement selon les catégories est par essence, discriminatoire ».<sup>17</sup>

*2. Le caractère péremptoire de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'arrêt 000-121 du 6 octobre 2000*

Face à la difficulté technique de faire prévaloir les arguments d'inconstitutionnalité du scrutin mixte de la loi électorale de 1996 lors de l'examen d'une nouvelle modalité de ce mode de scrutin, le juge constitutionnel n'a eu d'autre choix que de procéder à des affirmations non soutenues par de solides démonstrations juridiques. Cette attitude s'explique par l'influence exercée sur la Cour par un débat franco-français dont il faut au préalable rendre compte.

a. Les sources d'inspiration de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 : le débat franco-français sur le projet de scrutin mixte aux élections législatives de France

La jurisprudence de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 tire sa source d'inspiration d'un débat franco-français sur la constitutionnalité du scrutin mixte, débat n'ayant pas été tranché y compris par le Conseil constitutionnel de ce pays. Ce débat fut instauré en France en septembre 1996 lorsque le gouvernement avait mis à l'étude une réforme du mode d'élection des députés. Il est vrai que la loi électorale malienne de 1996 présentait assez de similitudes avec le projet français. Ce projet reprenait à son compte le système électoral sénatorial : maintien du scrutin majoritaire dans les départements ruraux élisant peu de députés, instauration de la proportionnelle dans ceux à forte population urbaine. En d'autres termes, cette réforme avait introduit une dose de proportionnelle dans les élections législatives.

La commission chargée de réfléchir sur le projet (commission Vedel)<sup>18</sup> avait abouti à des conclusions qui revêtent un grand intérêt par rapport à la jurisprudence de l'arrêt CC-96-003 du 25 octobre 1996 de la Cour

---

<sup>17</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *ouvr. cité*, p. 125.

<sup>18</sup> La commission ou comité Vedel était un comité de réflexion institué le 2 décembre 1992 sous la présidence du juriste français Georges Vedel et chargé de proposer des réformes institutionnelles pour la Cinquième République. Il a rendu le 15 février 1993 son rapport au président de la République, François Mitterrand.

constitutionnelle. Elle avait en effet écarté la solution consistant à faire élire à la proportionnelle les députés des départements les plus peuplés et au scrutin majoritaire ceux des autres circonscriptions en raison de sa probable inconstitutionnalité (principe d'égalité des citoyens devant la loi). Etant donné les similitudes entre ce projet français et le scrutin mixte proposé en 1996, le juge constitutionnel malien a simplement repris à son compte les arguments de ce débat français pour rejeter la loi électorale. En particulier on retrouve dans l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996, presque mot pour mot, les arguments développés par Louis Favoreu : « Le système ne serait pas conforme au principe constitutionnel d'égalité [...] il y aurait inégalité entre les députés de la France urbaine et les députés de la France rurale [...] une inégalité entre les électeurs, puisqu'ils ne s'exprimeraient pas tous de la même façon [...] il assurerait qu' « il existe un principe d'indivisibilité du corps électoral qui s'oppose à toute différenciation d'ordre territorial au sein de la République ».<sup>19</sup>

b. L'absence d'argumentations convaincantes dans l'arrêt 000-121 du 6 octobre 2000

L'une des grandes faiblesses de l'arrêt 000-121 du 6 octobre 2000 se situe au niveau de l'insuffisance de la motivation de l'inconstitutionnalité du scrutin mixte. Contrairement à l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996, la Cour ne démontre pas véritablement en quoi le scrutin mixte proposé porte-t-il atteinte à l'égalité de chance entre candidats. Cette insuffisance a entaché l'arrêt 000-121 du 6 octobre 2000 qui est resté quelque peu arc-bouté dans une position hostile à toute idée de scrutin mixte. La Cour constitutionnelle a manifestement eu du mal à faire la jonction entre les arguments ayant servi de support au rejet du scrutin mixte de 1996 et ceux à l'origine de la censure de celui de 2000 dont les modalités étaient différentes. Le scrutin mixte de 2000 étant techniquement différent de celui de 1996, il est clair que les mêmes arguments de 1996 étaient difficilement transposables. Il faut même préciser que compte tenu des arguments avancés dans l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 dont le législateur avait suffisamment tenu compte, la Cour aurait dû se prononcer en faveur du scrutin mixte de 2000. Mieux, la suite du débat français auquel nous faisons allusion, militait pour une présomption de constitutionnalité dudit scrutin mixte. C'est d'ailleurs sans doute pour ces deux raisons que la Cour a évité de s'aventurer dans une longue démonstration. Elle s'est tout simplement contentée de rappeler son arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 auquel elle a dû faire dire des choses que celui-ci ne contenait pas nécessairement.

---

<sup>19</sup> *Le Monde*, dimanche 8-lundi 9 septembre 1996, p. 7.

En réalité, la logique de la source d'inspiration de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 (le débat français) aurait dû la conduire droit vers une déclaration de conformité constitutionnelle du nouveau scrutin mixte proposé comme attesté par la suite de ce débat. En effet, si au départ les conclusions de la commission Vedel allaient dans le sens des arguments d'inconstitutionnalité développés par Louis Favoreu, elle s'était prononcée en faveur d'une réadaptation du projet de scrutin mixte en vue de parvenir à une meilleure représentation parlementaire de toutes les forces politiques, tout en permettant l'émergence d'une majorité. Ainsi la commission avait proposé que 10 % des députés soient élus à la représentation proportionnelle, tandis que les 90 % restant continueraient d'être élus au scrutin majoritaire à deux tours. Concrètement, deux solutions avaient été envisagées. La première réservait les sièges de la part proportionnelle aux partis « défavorisés » par le scrutin majoritaire. La seconde répartissait les 10 % de sièges à la proportionnelle de toutes les formations qui ont présenté des candidats.

L'adjonction aux députés élus au scrutin majoritaire dans les circonscriptions, de quelques dizaines de sièges attribuées à la proportionnelle nationale avait reçu l'aval de la commission Vedel. Ces propositions bénéficiant d'une présomption de constitutionnalité de la part de la commission Vedel vont dans le sens des modalités du scrutin mixte proposée en 2000 qui n'établit plus de différenciation entre les circonscriptions se trouvant ainsi traitées sur le même registre au niveau de l'ensemble du territoire national. Sur toutes les circonscriptions, l'ensemble des électeurs sont soumis à la fois aux deux modes de scrutin majoritaire et proportionnel. C'est à dire que sur l'ensemble des circonscriptions, le scrutin est à la fois majoritaire et proportionnel, donc mixte.

On retiendra au total que non seulement la Cour a tranché sans démontrer, mais aussi qu'elle a écorché au passage les pouvoirs publics pour non-respect de l'autorité de sa décision de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996. En effet, dans l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000, la Cour met directement en cause la bonne foi du législateur en affirmant: « Considérant en outre que la cour constitutionnelle dans son arrêt n°96-003 en date du 25 octobre 1996 a clairement déclaré le caractère inconstitutionnel du scrutin mixte pour l'élection des députés ; que la cour dans cet arrêt a nettement précisé que le principe de valeur constitutionnelle de l'égalité entre les électeurs et les candidats tient en échec le scrutin mixte sur toutes ses formes ». Ce considérant pose évidemment le problème de la méconnaissance par le législateur de l'autorité des décisions de la Cour constitutionnelle telle

qu'affirmée par l'article 94 de la Constitution<sup>20</sup>. Cependant, contrairement à ce qu'affirme la Cour, on chercherait en vain dans l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 une telle interdiction de principe en tant que telle du scrutin mixte.

De notre point de vue, l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 n'a pas tranché sur la question de l'inconstitutionnalité de principe du scrutin mixte. On peut simplement comprendre que l'arrêt avait plutôt censuré un type donné de scrutin mixte, puisqu'il y en a plusieurs modalités possibles au plan juridique. Par conséquent, vouloir en tirer comme conclusion une condamnation générale et sans appel du scrutin mixte paraît assez discutable. C'est la raison fondamentale pour laquelle nous estimons que la décision 96-003 du 25 octobre 1996 doit être davantage considérée comme une décision d'espèce plutôt qu'une décision de principe. En tout état de cause, l'interdiction de principe du scrutin mixte opérée par l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996 est démentie par le droit constitutionnel comparé. En fait de décision d'espèce, la Cour constitutionnelle a posé un acte dont le caractère péremptoire est mis à rude épreuve par le droit constitutionnel comparé.

### *3. La jurisprudence de la Cour démentie par le droit constitutionnel comparé*

Il ressort du droit constitutionnel comparé que si le scrutin mixte est d'un usage généralisé y compris dans les grandes démocraties, rares sont les pays dont la Constitution régleme le mode de scrutin. En Afrique, on citera le cas de deux pays dont le mode de scrutin des élections législatives est fixé par la Constitution. Ainsi aux termes de la Constitution guinéenne du 23 décembre 1990, le mode d'élection des députés à l'Assemblée nationale est le scrutin mixte<sup>21</sup>. C'est également le cas de la Constitution malgache du 18 septembre 1992<sup>22</sup>.

En dehors de ces rares exemples, le régime électoral dont le mode de scrutin relève généralement du domaine de la loi et l'analyse des différents régimes électoraux fait apparaître le recours à la représentation

---

<sup>20</sup> Article 94 alinéa 1<sup>er</sup> : « Les décisions de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et à toutes les personnes physiques et morales ».

<sup>21</sup> Article 50 : « Le tiers des députés est élu au scrutin majoritaire uninominal à un tour. Une loi organique fixe les circonscriptions électorales. Les 2/3 des députés sont élus au scrutin de liste national à la représentation proportionnelle. Les sièges non attribués au quotient national sont repartis au plus fort reste ».

<sup>22</sup> Article 66 : « ...Les députés sont élus au suffrage universel direct au scrutin de liste à la représentation proportionnelle ».

proportionnelle, au système majoritaire, au scrutin mixte à l'instar des modalités prévues par le législateur malien en 1996 et en 2000.

« Les régimes électoraux hybrides peuvent être multipliés à l'infini puisqu'ils reposent sur des dosages variables de représentation proportionnelle et de scrutin majoritaire et sur diverses ingéniosités assurant plus ou moins bien l'homogénéité du mélange », affirme Jacques Cadart<sup>23</sup>. Le même auteur cite à titre d'exemple de scrutin mixte « le système reposant sur la division du pays en circonscriptions majoritaires et circonscriptions proportionnelles... ». C'est exactement ce mode de scrutin à mixité géographique que le législateur malien avait prévu en 1996. Tirant les conséquences de l'arrêt 96-003 du 25 octobre 1996, c'est une autre modalité du scrutin mixte qui avait été proposée en 2000. A titre de comparaison au niveau de la sous région, il faut souligner que le même type de scrutin mixte est appliqué aux élections législatives sénégalaises. Dans ce pays comme au Mali, la Constitution ne prévoit aucune disposition particulière sur le mode d'élection des députés<sup>24</sup>.

Quant à la Constitution malienne, son titre V « De l'Assemblée nationale » reprend à son compte les mêmes dispositions<sup>25</sup>. Au Mali comme au Sénégal, le mode d'élection des députés n'est pas régi par le texte constitutionnel qui renvoie plutôt à la loi en ce qui concerne le mode de scrutin. Au Sénégal, le Code électoral en son article L.141 dispose : « Les députés à l'Assemblée nationale sont élus à raison, de 70 députés au scrutin majoritaire à un tour dans le ressort du département et de 70 députés au scrutin proportionnel sur une liste nationale. Il n'est utilisé qu'un seul bulletin de vote pour les deux modes de scrutin ». Avec à peu près les mêmes dispositions constitutionnelles, ce mode de scrutin mixte considéré comme inconstitutionnel au Mali, est parfaitement constitutionnel au Sénégal.

## II. De l'inconstitutionnalité d'une loi promulguée

Sur un double plan, l'arrêt CC-000-121 du 6 octobre 2000 de la Cour constitutionnelle soulève le problème juridique de l'inconstitutionnalité de la loi promulguée, d'abord du fait de la censure du scrutin mixte consacré par ailleurs par la loi électorale dont elle n'a pas été saisie, ensuite du fait de la

---

<sup>23</sup> J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1979-1980.

<sup>24</sup> Ainsi son titre IV « De l'Assemblée nationale » dispose à son article 49 : « Les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage universel et direct... »

<sup>25</sup> Article 61 : « Les députés sont élus pour cinq ans au suffrage universel direct. Une loi fixe les modalités de cette élection ».

déclaration de non- conformité à la Constitution des dispositions d'une loi organique préalablement examinée par la Cour constitutionnelle elle-même.

En d'autres termes, l'inconstitutionnalité de la loi promulguée peut-elle résulter de l'effet mécanique de la censure d'une autre loi ? Cette question mérite une analyse en rapport avec l'impact sur la loi électorale déjà promulguée et publiée, de la censure des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi organique sur les députés.

Il convient également de se pencher sur la question de l'inconstitutionnalité de dispositions reconduites d'une loi organique dont la constitutionnalité avait été préalablement validée par la Cour constitutionnelle.

#### ***A. L'inconstitutionnalité de la loi promulguée du fait de l'effet mécanique de la censure d'une nouvelle loi soumise au juge constitutionnel***

Une loi promulguée non préalablement soumise à la Cour peut-elle être entachée d'inconstitutionnelle du simple fait de l'effet mécanique de la censure d'une autre loi ? Si telle est la question que pose aujourd'hui la déclaration d'inconstitutionnalité des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi organique sur les députés, les réponses jusque-là apportées à cette problématique sont loin d'être satisfaisantes. Pour la plupart, elles ont tendance à soutenir que la censure du scrutin mixte à l'occasion de l'examen de la loi organique a eu pour effet de rendre caduque la loi électorale.

Pareilles interprétations ne peuvent résister à une analyse juridique sérieuse. D'abord parce que la nature même du contrôle de constitutionnalité au Mali s'y oppose, ce contrôle ne pouvant s'exercer qu'*a priori*, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi. Ensuite parce que malgré l'importance du mode de scrutin dans le dispositif de la loi électorale, celle-ci ne peut se résumer à la seule question du mode de scrutin. Au plan quantitatif, sur les 201 articles qui forment la loi électorale, seuls trois articles (149 à 151) portent sur le scrutin mixte.

C'est à la lumière de ces considérations que la question de l'impact sur la loi électorale déjà promulguée et publiée de la déclaration d'inconstitutionnalité du scrutin mixte prévu par cette loi doit être examinée.

##### *1. Le rappel des dispositions pertinentes de la Constitution du Mali*

Au Mali, le contrôle de constitutionnalité est un contrôle *a priori* qui ne peut se faire qu'avant la promulgation de la loi. Il s'agit d'une condition de stabilisation des relations juridiques. A cet égard, la Constitution dispose<sup>26</sup> : « La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des

---

<sup>26</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 86.

lois organiques et des lois avant leur promulgation ». <sup>27</sup> S'agissant plus particulièrement de la loi organique, la Constitution dispose que « les lois organiques sont soumises par le premier ministre à la Cour constitutionnelle avant leur promulgation ». <sup>28</sup>

Ainsi, la compétence de la Cour se trouve limitée à l'examen des lois avant en amont de leur promulgation. S'exprimant à propos du Conseil constitutionnel français, Pierre Pactet affirme que le contrôle de constitutionnalité « a pour conséquence qu'en principe une loi promulguée - que le conseil constitutionnel n'ait pas été saisi ou qu'il ait rendu une décision de conformité- est irréprochable et incontestable et ne doit plus faire l'objet d'une contestation à quelque titre que ce soit ». <sup>29</sup>

Ainsi la compétence de la Cour se trouve limitée à l'examen des lois avant leur promulgation dans le cadre du contrôle préventif de constitutionnalité.

## *2. Le contrôle préventif face au doute sur la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée*

Parlant du Conseil constitutionnel français, Pierre Pactet affirme que le contrôle de constitutionnalité « a pour conséquence qu'en principe une loi promulguée - que le conseil constitutionnel n'ait pas été saisi ou qu'il ait rendu une décision de conformité- est irréprochable et incontestable et ne doit plus faire l'objet d'une contestation à quelque titre que ce soit ». <sup>30</sup>

Si l'on peut considérer qu'au Mali tout comme en France qu' « une loi promulguée est irréprochable et incontestable et ne doit plus faire l'objet d'une contestation à quelque titre que ce soit », cette position doit être nuancée. Car, si la Constitution a opté pour le système de contrôle *a priori*, il n'en demeure pas moins que le contrôle préventif peut soulever quelques fois des difficultés comme c'est le cas de l'impact de la censure de la Loi organique sur certaines dispositions de la loi électorale. Par rapport à la loi électorale, l'inconvénient majeur est l'existence d'un doute au moins sur la constitutionnalité de ses dispositions relatives au scrutin mixte. C'est pourquoi on se retrouve dans une situation où en tant que telle, la loi électorale promulguée ne peut plus être remise en cause, alors même que la conformité à la Constitution du scrutin mixte qu'elle préconise est sujette à caution.

---

<sup>27</sup> La rédaction malencontreuse de cet article tend à laisser croire que les lois ordinaires sont obligatoirement soumises à la Cour. Ce qui n'est pas exact.

<sup>28</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88.

<sup>29</sup> P. PACTET, *Institutions politiques-droit constitutionnel*, Armand Colin, 15<sup>ème</sup> édition, 1996, p. 481.

<sup>30</sup> *Ibid.*

La censure de la loi organique a eu comme conséquence l'inconstitutionnalité implicite de certaines dispositions la loi électorale promulguée. Cette inconstitutionnalité apparaît comme un effet incident de la censure de la loi organique. C'est pourquoi en France, bien avant l'introduction en mars 2010 de la QPC<sup>31</sup>, le Conseil constitutionnel admettait l'exception d'inconstitutionnalité mais dans des conditions strictement limitées.<sup>32</sup> En particulier, cette position est conforme à sa jurisprudence de la décision du 25 janvier 1995 relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie. Celle-ci admet que la régularité au regard de la constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine.<sup>33</sup>

Cette jurisprudence est encore affinée en 1988 : « Considérant que la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ; considérant qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel de s'assurer que les termes, tant de l'article unique... que des textes de force législative auxquels renvoie l'article..., ne sont pas contraires à la Constitution ».<sup>34</sup>

Cependant en dépit du fait que la censure de la loi organique ait eu comme effet d'amener la Cour constitutionnelle à exercer un contrôle indirect sur la constitutionnalité de la loi électorale, il faut se garder de tout amalgame. On ne saurait concevoir d'un point de vue strictement juridique que la loi électorale dans son intégralité soit censurée. Elle demeure partie intégrante de l'ordonnement juridique du Mali, sous la seule réserve que ses dispositions relatives au scrutin mixte déclarée inconstitutionnelles seraient difficilement applicables, à cause de leur inconstitutionnalité déclarée par la Cour constitutionnelle.

---

<sup>31</sup> La QPC (question prioritaire de constitutionnalité) est la possibilité donnée à un justiciable de contester, auprès du juge administratif ou judiciaire, la constitutionnalité d'une loi s'il estime qu'elle menace ses droits et sa liberté. Elle est liée à la réforme constitutionnelle de 2008, et est effective depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010.

<sup>32</sup> P. PACTET, *ouvr. cité*, p. 481 et s.

<sup>33</sup> C. DEBBASCH, *La Constitution de la République : Pratique et jurisprudence*, Dalloz, 1999, p. 233.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 233-234.

***B. L'inconstitutionnalité des dispositions d'une loi préalablement examinée et validée par la Cour constitutionnelle***

La Cour constitutionnelle est-elle fondée à remettre en cause la chose jugée par elle-même ? C'est la question que pose la déclaration d'inconstitutionnalité de six articles de la loi organique de 1997 et qui avaient été simplement reconduits *in extenso* par le législateur. Cette attitude pose la grave question de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions d'une loi déjà validée par la Cour. En effet, contrairement au juge judiciaire qui doit s'en tenir strictement aux prétentions des parties, sans pouvoir aller au-delà, le juge constitutionnel ne s'estime pas lié uniquement par les termes d'une requête en contrôle de constitutionnalité.

« Il peut parfaitement aller au-delà et, notamment... statuer *ultra petita*, c'est à dire procéder de sa propre initiative à l'examen de dispositions dont l'inconstitutionnalité n'avait pas été invoquée ». <sup>35</sup> Cette faculté est pleinement justifiée, car les requêtes en contrôle de constitutionnalité, « loin d'opposer des parties, ne soulèvent que le problème, à la fois objectif et d'ordre public, de la validité de la loi » ». <sup>36</sup>

Dans la procédure de contrôle de constitutionnalité, il est établi par une jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même que le juge se reconnaît le droit de statuer *ultra petita*. C'est ainsi que la Cour déclare <sup>37</sup> : « Considérant que la Cour est saisie... en vue d'examiner certains articles contestés de la loi se reconnaît le droit d'examiner l'ensemble des articles de la loi attaquée ; que c'est la loi dans toutes ses dispositions qui est soumise à l'examen de la cour constitutionnelle ».

Cette position affirmée à propos de la loi ordinaire, vaut encore davantage s'agissant de la loi organique systématiquement soumise à son contrôle. « S'il ne peut s'autosaisir lui-même d'une loi ordinaire, le Conseil constitutionnel est libre, lorsqu'une telle loi est déférée à son contrôle, de vérifier la conformité à la Constitution de n'importe quelle disposition, même non expressément contestée par les requérants (la question ne se pose pas pour les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires, obligatoirement soumis à son examen, dont il vérifie toutes les dispositions) » <sup>38</sup>.

La Cour étant nécessairement saisie de l'ensemble du problème de la constitutionnalité de la loi organique, elle doit vérifier d'office, comme c'est

---

<sup>35</sup> Pierre PACTET, ouvr. cité, p. 483.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Arrêt 96- 003 du 25 octobre 1996.

<sup>38</sup> D. TURPIN, *Mémento de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Hachette, 1997, p. 77.

le cas du Conseil constitutionnel en France, que tous les articles du texte sont conformes aux règles de forme et de fond contenues dans la constitution. D'où sa formule finale utilisée pour la première fois<sup>39</sup> : « les autres dispositions de ce texte...ne sont contraires à aucune disposition de la constitution. » Cette formule se retrouve dans la quasi-totalité des décisions ultérieures du Conseil constitutionnel.

Au Mali, elle est confirmée par l'arrêt 97-007 sur la loi organique de 1997 dans lequel la Cour constitutionnelle « déclare les autres dispositions de la loi organique 97-002/AN-RM adoptée le 8 janvier 1997 non contraires à la Constitution ». La formule semble tellement aller de soi que certains ont pu la qualifier de surabondante. Cependant malgré son usage par la Cour constitutionnelle en 1996 à propos de la loi organique, l'arrêt 000-121 du 6 octobre 2000 déclare contraires à la Constitution des dispositions préalablement jugées constitutionnelles, alors qu'entretemps cette Constitution n'a pas été modifiée.

C'est le cas de cinq articles qui figuraient pourtant *en 1996* parmi ces « autres dispositions de la loi organique non contraires à la Constitution ». <sup>40</sup> Ces articles que la Cour, trois ans plus tard, vient de juger contraires à la Constitution sont les suivants :

- Article 8 alinéa 2 : « Toutefois, le député à l'Assemblée nationale est membre de droit avec voix consultative des organes délibérants des collectivités territoriales au niveau du cercle et de la région dont il relève ». <sup>41</sup>

- Article 11 : « L'élection partielle ne concerne que le ou les sièges déclarés vacants par la Cour constitutionnelle » <sup>42</sup>.

- Article 18 : « Le président de l'Assemblée nationale perçoit une indemnité parlementaire mensuelle calculée sur la base de l'indice hors échelle 1050. Cette indemnité est soumise à la réglementation fiscale en vigueur. Outre l'indemnité de session, il bénéficie d'une indemnité mensuelle forfaitaire de représentation de 100 000 (cent mille) francs exempte de tous impôts et taxes ».

- Article 19 : « Les autres membres du bureau de l'Assemblée nationale et le rapporteur général de la commission des finances, de l'économie, des

---

<sup>39</sup> Décision du 15 janvier 1960 (magistrats musulmans).

<sup>40</sup> Arrêt CC-97-007 du 17/01/1997.

<sup>41</sup> Trois ans après son arrêt 97-007, la Cour se rétracte et juge cette disposition contraire à la Constitution. Motif invoqué : cet alinéa édicte une compatibilité alors que la loi organique ne concerne que les incompatibilités.

<sup>42</sup> L'arrêt 000-121 estime que ces dispositions sont incomplètes et imprécises et sont pour ce motif contraires à l'article 70 de la Constitution au terme duquel « la loi fixe les règles et détermine les principes fondamentaux [...] ».

industries et du plan bénéficient d'une indemnité mensuelle de représentation de 30 000 F.

Les présidents des groupes parlementaires, les présidents des commissions bénéficient d'une indemnité mensuelle de représentation de 20 000 (vingt mille) francs. Ces indemnités sont exemptes de tous impôts et taxes »<sup>43</sup>.

- Article 20 : « Les indemnités courent à partir du jour de la proclamation des résultats des élections législatives pour les députés, et du jour de leur élection pour les membres du bureau de l'assemblée nationale, les présidents des groupes parlementaires, les présidents des commissions et le rapporteur général de la commission des finances, de l'économie, des industries et du plan »<sup>44</sup>.

La conformité constitutionnelle, au gré des humeurs du juge malien, des articles 8, 11, 18, 19 et 20 de la loi organique sur les députés vient en ajouter à la confusion jurisprudentielle de nos neuf « Sages ». Il est clair que la Cour qui rappelle souvent- à bon droit- l'autorité de ses décisions, ne gagne pas en pertinence en entretenant elle-même le doute autour de la constitutionnalité des textes de lois qu'elle a préalablement examinés.

Cette versatilité n'est pas de nature à assurer la sécurité juridique que l'on recherche à travers la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois et des lois organiques en particulier. Car désormais, les dispositions non censurées d'une loi soumise à la Cour constitutionnelle ne bénéficient plus de manière irrévocable d'une ferme présomption de constitutionnalité.

---

<sup>43</sup> A l'encontre des articles 18 et 19, la Cour estime que la détermination de la nature fiscale des indemnités ne relève pas de la loi organique et ce, conformément à l'article 63 de la Constitution.

<sup>44</sup> Cet article jugé conforme à la Constitution en 1997, est déclaré non conforme au motif que les dates et les conditions d'application des indemnités ne font pas partie du domaine de la loi organique telle que prévue par l'article 63 de la Constitution.

## LA MEDIATION PENALE AU MALI

**Mamadou Guissé,**  
**enseignant chercheur à la Faculté de droit privé (FDPri)**  
**de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)**

L'avènement de l'Etat, notamment dans sa forme moderne a eu pour conséquences, l'organisation du procès pénal suivant des principes devenus désormais presque universels. Il est en même temps détenteur du pouvoir de poursuite et de protection des individus, acteur du procès (auteurs et victimes). Selon Christophe Minke<sup>1</sup>, l'Etat est à la fois l'objet d'attentes de protection et d'une crainte puissante. Il peut être Etat-providence, mais aussi Léviathan, garant des libertés fondamentales et instrument de leur mise à l'écart, porteur des intérêts collectifs et vecteur de la domination de quelques-uns. En matière pénale, l'Etat est avant tout un tyran persuadé que la protection de l'ordre public passe nécessairement par la répression.

Cependant, il est à noter que cette fonction a tout de même tendance à s'émousser. La consécration et la protection des droits de l'homme en sont une des causes. Depuis, l'action pénale est entourée d'une multitude de garanties tendant à reléguer la répression au second plan<sup>2</sup>. La justice étatique s'évertue à impliquer les justiciables eux-mêmes dans la prise de décisions. Cette nouvelle orientation est une exigence des temps qui nécessite un rapprochement de la justice des justiciables. En y procédant, une certaine confiance s'instaure. Les décisions, même de condamnation, seront perçues positivement. Elles contribueront à l'exigence de sérénité recherchée par les parties au cours du procès. Elle sera une justice restauratrice<sup>3</sup> qui vise le dépassement de la justice rétributive. Selon John Braithwaite, elle incarne un futur où la punition serait marginalisée, mais aussi un processus

---

<sup>1</sup> C. MINKE, « La proximité dangereuse, médiation pénale belge et proximité », Editions juridiques *Droit et Société* n° 63-64, 2006, p. 459. P. MILBURN, « De la négociation dans la justice imposée », revue *Négociations*, 2004, p. 27, <http://www.cairn.info//revue/Negociations> 2004-1, p. 27.

<sup>2</sup> C. MINKE, *op. cit.*, p. 459.

<sup>3</sup> Sandrine LEFRANC, « Le mouvement pour la justice restauratrice : 'An idea whose time has come' », Editions juridiques *Droit et Société* n° 63-64, 2006, p. 393 ; L. CADIET, « Le spectre de la Société contentieuse », *Ecrits en hommage à G. Gernu*, PUF 1994, p. 29.

« participatif », habitant la victime, l'auteur du crime et la « communauté, opposé à la justice existante, professionnalisée par l'Etat<sup>4</sup>. Une telle justice incarne la prise de conscience par l'auteur de l'infraction du mal causé, sa réparation et la prévention de nouveaux délits. Elle est un véritable dialogue social et constructif dans un cadre informel et consensuel<sup>5</sup>.

La justice restauratrice permet d'améliorer la relation entre auteur et victime de l'infraction, une relation dégradée à la suite des actes ayant porté atteinte à la victime. A ce titre, elle peut apparaître comme une justice négociée pouvant faire perdre à l'Etat les prérogatives de l'*imperium* et le soumettre aux intérêts privés<sup>6</sup>. Une telle perception paraît justifiée, car le rôle des institutions judiciaires se réduirait à entériner l'accord des parties qui, naguère, étaient en conflit. Cependant, et de plus en plus on assiste à l'encouragement de la conciliation recherche préalable des parties dans certains cas, à la recherche de l'adhésion des familles, notamment, dans la justice des mineurs. On voit donc clairement que le dialogue, la négociation, la concertation sont devenus des concepts ayant profondément intégrés le domaine pénal.

De toute évidence, ni le hasard, ni l'absence de volonté de la part de l'Etat n'ont pu être à l'origine de l'instauration du dialogue dans le procès pénal. En effet, le dysfonctionnement et le manque d'efficacité de la justice pourraient être des facteurs explicatifs<sup>7</sup>. Ceux-ci ont conduit à l'encombrement des juridictions et contraint les magistrats du parquet à explorer de nouvelles pistes pouvant constituer des issues alternatives aux poursuites judiciaires face à la commission d'une infraction, répondant aux nécessités sociales et à la satisfaction des victimes<sup>8</sup>. Face à la multiplication des actes de délinquance, la célérité de la procédure constitue la seule réponse crédible. Or, l'encombrement des tribunaux est devenu un facteur d'aggravation du trouble social, en raison de l'effet pervers qu'il implique : une réponse

---

<sup>4</sup> John BRAITHWAITE, « A-future where punishment is marginalized : realistic or utopian ? » *UCLA Law Review*, 46(6) 1999 p. 1727.

<sup>5</sup> Gerry JOHNSTONE, *Restorative justice : Ideas, Values, Debates*, Collompton, Willan, 2002, p. 103.

<sup>6</sup> Philip MILBURN, « De la négociation dans la justice imposée », revue *Négociations* 2004, n° 1, p. 27.

<sup>7</sup> Sophie POKORA, avocat au Barreau de Pontoise, « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58.

<sup>8</sup> Sophie POKORA, *op. cit.*, p. 58.

totalément inadaptée de la justice à l'acte délictueux tant pour l'auteur que pour la victime<sup>9</sup>.

L'encombrement a effectivement contraint les magistrats du parquet à procéder à de plus en plus de classements sans suite pour un grand nombre d'affaires dites de « moindre importance », soit à donner une réponse trop tardive à l'acte délictueux. En effet, la réponse donnée intervient à un moment où la sanction a perdu son importance, sa valeur, en raison de l'évolution de la situation du mis en cause.

S'agissant des classements sans suite, ils éveillent chez l'auteur de l'infraction un sentiment d'impunité. Cet état de fait peut même entraîner une volonté de récidive. Chez la victime, c'est un sentiment d'incompréhension qui l'anime lui faisant penser à l'absence totale de justice. C'est même un phénomène qui a définitivement créé une frustration totale chez les justiciables au Mali en leur donnant l'impression que leur douleur est ignorée.

En France, comme dans plusieurs pays d'Europe, les magistrats, confrontés à l'évolution de la petite délinquance, au sentiment d'indignation des victimes et à la montée en puissance des associations de défense des droits de l'homme et d'aide aux victimes, ont imaginé, voire inventé une solution intermédiaire<sup>10</sup>. Elle consiste en une réponse rapide, efficace et satisfaisante à l'acte délictueux. Elle redonne confiance à la victime qui se sent enfin considérée. Chez le délinquant, le sentiment d'impunité laisse la place au remord, au regret. Les nouvelles solutions ainsi imaginées permettent d'éviter le schéma des poursuites traditionnelles et constituer une alternative à la détention souvent prolongée pour des délits dits mineurs. C'est ainsi que le législateur français, dans les années 1990 a formalisé ce nouvel esprit inventif des magistrats<sup>11</sup>. La médiation est désormais recouverte du sceau de la loi<sup>12</sup>. Elle s'est répandue et a rencontré un écho favorable

---

<sup>9</sup> Jean PRADEL, *Droit pénal et procédure pénale*, Cujas, 2012, p. 145. Claire ETRILLARD, *Le temps dans le procès pénal*, thèse, L'Harmattan, 2004, p. 135. Sophie POKORA, *op. cit.*, p. 58.

<sup>10</sup> Sophie POKORA, *La médiation pénale*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>11</sup> Le législateur français est intervenu en instituant par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 la « médiation pénale », reprise dans l'article 41-1 alinéa 6 du code de procédure pénale. Cette loi fut complétée par celle n° 99-515 du 23 juin 1999 relative aux alternatives aux poursuites pénales. Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance », *RSC*, 1994, p. 525.

<sup>12</sup> *Idem.*

partout en Europe<sup>13</sup>. Elle est devenue l'une des priorités de la politique de prévention de la délinquance, une nouvelle justice de proximité<sup>14</sup>.

Fort du succès de la pratique, notamment, en France, le législateur malien s'en est largement inspiré. Ainsi, dans sa volonté de réformer le domaine pénal, il a adopté deux nouveaux Codes (Code pénal et Code de procédure pénale)<sup>15</sup>. Dans la loi portant Code de procédure pénale, il a définitivement consacré de nouveaux principes cardinaux ayant révolutionné le cours du procès. Ainsi et désormais, chaque justiciable a droit à un procès équitable et dans un délai raisonnable<sup>16</sup>. Mieux : de nouvelles alternatives aux poursuites pénales sont balisées. La médiation pénale est devenue une procédure privilégiée dans certains cas. Elle peut se définir comme une mesure alternative aux poursuites pénales, à l'instar de la composition pénale en vue d'une réparation rapide et efficace des troubles causés à l'ordre public et à la victime<sup>17</sup>. La médiation est une forme de dialogue institué entre l'auteur et la victime par l'intermédiaire d'un tiers appelé médiateur. Elle permet de réconcilier les protagonistes d'alors par le biais de négociations.

De toutes ces définitions, il ressort que la médiation pénale peut être confondue avec le dialogue, la conciliation, la négociation. Philip Milburn avait même tendance à la caractériser comme une justice négociée<sup>18</sup>. Pourtant, selon Jocelyne Leblois-Happe, si l'on se place du point de vue des réponses données à la délinquance, toutes les formes de médiation ne doivent pas être retenues<sup>19</sup>. La médiation « individuelle et informelle » et la médiation sociale correspondent à des préoccupations autres que la lutte contre la délinquance<sup>20</sup>. La médiation individuelle et informelle est conduite sans forme particulière entre les individus vivant dans la même zone, le

---

<sup>13</sup> M. PUECHARY, « L'article 6 de convention européenne des droits de l'homme et la médiation pénale », in Actes du séminaire organisé par la CRPC sur la médiation pénale le 25 octobre 1991, *Archives de politique criminelle*, p. 50.

<sup>14</sup> J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation de quartier : des principes à la réalité*, Université de Lyon II 1990, p. 11.

<sup>15</sup> Le législateur malien a adopté le Code pénal par la loi n° 01-079 du 20 août 2001 et celui de procédure pénale par la loi n° 01-080 du 20 août 2001.

<sup>16</sup> Voir les thèses de Mamadou GUISSÉ, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en matière pénale : cas du Mali », UCAD, 25 octobre 2011; et Mamadou B. DEMBELE, *Le procès équitable au Mali*, UGB, 2012.

<sup>17</sup> Mamadou GUISSÉ, *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en matière pénale : cas du Mali*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>18</sup> Philip MILBURN, *De la justice négociée dans la justice imposée*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>19</sup> Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance*, *op. cit.*, p. 525.

<sup>20</sup> Ch. LAZERGES, « Essai de classification des CRPC sur la médiation du 25 octobre 1991 », *Archives de politique criminelle*, p. 26.

même quartier. Le dialogue social quant à lui vise à restaurer la confiance entre des partenaires en conflit. Ce type de dialogue est le plus fréquemment utilisé par les organisations syndicales. Elle est, selon Bonafé-Schmitt, une véritable thérapie sociale<sup>21</sup>. En définitive, seules les médiations encadrées par l'autorité judiciaire peuvent être considérées comme contributives à la réalisation de la politique criminelle.

La médiation pénale consiste à mettre en relation auteur et victime d'une infraction en vue de dénouer le conflit, éviter le cas échéant le procès pénal sans qu'une décision soit imposée par le tiers aux parties<sup>22</sup>. Donc, elle est un processus se déroulant à la fois sous le contrôle de l'autorité judiciaire et avant le déclenchement des poursuites. Elle ne doit avoir lieu ni pendant le déroulement du procès, ni après le prononcé du jugement. Dans le premier cas, son influence sera minimisée et dans le second, ses effets seront absorbés par la décision judiciaire. En intervenant *a priori*, elle garde son caractère de mode autonome de traitement des infractions<sup>23</sup>. Dans la pratique en France on distingue deux types de médiations : « la médiation retenue » ou la médiation judiciaire, menée directement par les magistrats du parquet, d'une part, et la « médiation déléguée » à des instances sociétales de l'autre<sup>24</sup>.

Il faut néanmoins constater qu'au Mali, en matière pénale, il y a une tendance à ne pratiquer que la médiation retenue<sup>25</sup>. D'ailleurs, aussi bien l'article 52 CPPM que le décret d'application précise la nature réelle du médiateur auquel le procureur peut recourir (personne physique). De là, il est clair qu'aucune allusion n'est faite ici au recours aux instances sociétales<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> J.-P. BONAFE-SCHMITT, *Plaidoyer pour une sociologie de la médiation*, Université de Lyon II, 1990, p. 37.

<sup>22</sup> M. GUILBOT, S. ROJARE, « La participation du ministère public à la médiation pénale », actes du colloque organisé par le CRPC, octobre 1991, p. 39. S. ROJARE, « Des associations médiatrices : une alternative à la voie pénale ? *Le groupe familial* n° 125, octobre 1989, p. 36.

<sup>23</sup> Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance », *op. cit.*, p. 525.

<sup>24</sup> Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance », *op. cit.*, p. 525. Ch. LAZERGES, « Essai de classification des procédures de médiation », *op. cit.*, p. 19.

<sup>25</sup> Voir l'article 4 du décret n° 06-168 PRM du 13 avril 2006 qui dispose : « La médiation est conduite par le procureur de la République lui-même ou, sous son contrôle, par un médiateur pénal ».

<sup>26</sup> L'article 5 du décret précise que pour être médiateur toute personne doit satisfaire aux conditions suivantes : ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance, ne pas exercer d'activités judiciaires à titre professionnel ; ne pas avoir de liens directs ou indirects de parenté avec l'une des parties ; ne pas avoir servi sous les ordres de l'une des parties.

Malgré cette précision, il est à noter, selon Bonafé-Schmitt que le médiateur peut être désigné par une association<sup>27</sup> ou directement par le parquet. Tout de même, la pratique démontre que la médiation pénale conduite au Mali l'est toujours sur initiative des magistrats du parquet et sous leur contrôle.

Ce qui demeure paradoxal, c'est que la pratique de telles procédures est beaucoup plus répandue dans les pays anglo-saxons<sup>28</sup>. La raison à cela pourrait résulter des hésitations tantôt du législateur, tantôt des praticiens<sup>29</sup>. Or, dans le droit anglo-saxon, en la matière, une large autonomie est reconnue aux parties. Elles peuvent à tout moment de la procédure décider de transiger. Ce qui aura pour finalité d'enclencher la procédure de médiation. Néanmoins, de nos jours, il existe une forte impulsion tendant à intégrer la médiation dans les systèmes de politique pénale. Elle est à l'évidence, plus simple, plus facile, plus systématique. Il est vrai, selon Merle et Vitu que la médiation peut surprendre au sein des réponses pénales, mais qu'elle est opportune grâce à l'effet obtenu eu égard à son « caractère de mesure d'apaisement social »<sup>30</sup>. Elle est aussi source d'humanisation de la justice<sup>31</sup> compte tenu de ses vertus de pacification du litige, de restauration du dialogue entre l'auteur de l'infraction et la victime.

La médiation est donc définitivement entrée dans nos législations. Cependant, a-t-elle pu justifier les vertus qu'on lui prête dans la pratique ? Quels sont ses effets sur l'issue de la procédure ? La réponse à ces réflexions nous conduira à une démonstration des vertus pacificatrices de la médiation (I) constituant en un apaisement efficace et rapide du conflit dont les effets, en principe, seront susceptibles de changer le cours de la procédure (II).

### **I. Les vertus de la médiation pénale**

Un sentiment de rejet, voilà ce qui anime la majorité des justiciables à l'égard de la justice au Mali. Ce sentiment est exacerbé par la lenteur des procédures<sup>32</sup>, elle-même ayant entraîné un encombrement indescriptible des juridictions. La frustration ainsi née ne pouvait contribuer à instaurer un

---

<sup>27</sup> J.-P. BONAFE-SCHMITT, *la médiation en France*, Paris, PUF, 1998, p.130.

<sup>28</sup> COLOMBANI, *La place du consensualisme dans le droit pénal français*, thèse, Aix-en-Provence, 1991, p. 104. VERIN, « La médiation à San Francisco, à New York et à Kitchener », *RSC*, 1983, p. 293.

<sup>29</sup> DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP* 2008, p. 135.

<sup>30</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel II, Procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> édition Cujas 2001.

<sup>31</sup> F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Buenos Booles International, 2010.

<sup>32</sup> Boubacar SIDIBE, *Droit et pratique du droit au Mali*, Jamana, 2010.

climat de sérénité. Dans sa volonté de recherche d'une justice saine et de qualité, le recours à certaines formes de procédures rapides est devenu inéluctable pour le législateur malien. Il a ainsi initié, dans le nouveau Code de procédure pénale adopté en 2002 des principes nouveaux redonnant aux parties un moyen de se réconcilier. Renouer le dialogue rompu du fait de l'infraction est l'un des objectifs de la médiation pénale<sup>33</sup>. Dans cette perspective, la médiation apparaît comme un moyen d'apaisement efficace et rapide du conflit.

#### ***A. La médiation pénale, un moyen d'apaisement efficace du conflit***

L'institution de la médiation visé certainement à imprimer, à donner au jugement un caractère positif. Elle doit être source d'apaisement (1) et d'efficacité (2) de la procédure.

##### *1. L'apaisement du conflit par la médiation*

De toute évidence, le législateur tente d'atteindre des objectifs nobles en redonnant à la justice, une certaine crédibilité. En cela, la procédure instituant une médiation redonne confiance aux parties. D'ailleurs on remarque que par ce biais, l'insertion du consensualisme devient visible dans la matière pénale<sup>34</sup>. Il s'agit, pour la justice de réconcilier les parties en les amenant à s'entendre sur les modalités de réparation du préjudice, d'instaurer un dialogue permettant de mettre fin au conflit.

En rétablissant le dialogue, on procède à la dédramatisation du conflit. Il est ainsi créé un cadre apaisé de concertations, de discussions et d'échanges au sein auquel chaque partie manifeste sa volonté. L'échange de volontés devient la règle et l'exception l'affrontement exacerbé<sup>35</sup>, résultant de débats souvent houleux où chaque partie recherche plutôt la justification de sa position, de son comportement. Dans ce processus participatif, la victime a le pressentiment d'être écoutée, d'être entendue. Cette attitude de la justice à son égard lui permet de vider la haine issue de la violence subie ou vécue.

---

<sup>33</sup> Jean-Baptiste PERRIER, « Médiation pénale », *Répertoire Dalloz de droit et de procédure*, octobre 2014, p. 6.

<sup>34</sup> Jean-Baptiste PERRIER, *La médiation pénale, op. cit.*, p. 8. Très longtemps, on avait estimé que l'action publique étant d'ordre public, on ne peut ni transiger, ni y renoncer. La démocratisation du procès pénal a permis, dans certains cas, de transiger, instituant définitivement un aspect du consensualisme dans la procédure pénale. On la considère volontiers comme une justice privée, une justice négociée dans le procès.

<sup>35</sup> G'SELL-MACREZ, « Vers une justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », *Dalloz* 2010 chronique 2452. Ch. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, p. 197.

La victime est ainsi amenée à ressasser la perspective vindicative<sup>36</sup>, la volonté d'en découdre coûte que coûte avec l'auteur de l'infraction. Ce qui permet, dans un climat apaisé, de conclure un accord. Mais comme le fait observer Sophie Pacora, la recherche excessive du dialogue peut être contreproductive<sup>37</sup>, car dans l'hypothèse où l'auteur contesterait les faits présentés par la victime, l'établissement du dialogue devient impossible. C'est certainement ce que le législateur malien a voulu exprimer dans l'article 52 CPPM<sup>38</sup>. Mais il peut arriver aussi que la victime soit animée par un esprit purement vindicatif.

Une telle attitude a pu être observée dans une affaire opposant un jeune diplômé sans emploi à un agent de la police nationale. Le jeune, revenant d'un service de nuit qu'il exerce suite à l'obtention d'un emploi précaire, fut interpellé par les agents des forces de l'ordre dans la nuit 22 décembre 2014, pour vérification d'identité<sup>39</sup>. Le contrôle a révélé que le jeune diplômé possédait des pièces dont la date de validité avait expiré. Il fut verbalisé et amendé. Le lendemain se présentant au commissariat du 13<sup>ème</sup> arrondissement pour la confection d'une nouvelle carte d'identité, il fut sommé de payer sept mille cinq cents en lieu et place de mille francs (prix officiel)<sup>40</sup>. Outré, il tint des propos, selon les policiers, injurieux, mais dénonciateurs de l'état de corruption, selon le diplômé. Deux agents furent chargés de sa correction. Ils le passèrent à tabac, à volonté, et le placèrent en garde en vue pendant vingt-quatre heures. Révolté après sa libération, il tenta de mettre en mouvement l'action publique. Il porta plainte, en se constituant

---

<sup>36</sup> J.-B. PERRIER, *La médiation pénale, op. cit.*, p. 8.

<sup>37</sup> Sophie POKORA, « La médiation pénale », *AJ pénal* 2003, p. 58.

<sup>38</sup> L'article 52 CPPM dispose : « Le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation pénale s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du chômage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction ».

<sup>39</sup> Dans le contexte du terrorisme, de la rébellion armée et du banditisme exacerbé, des patrouilles mixtes sont régulièrement organisées dans la capitale malienne, en vue d'éviter des attentats meurtriers.

<sup>40</sup> Une grave pénurie avait permis à tous les commissariats de police de Bamako de confectionner des cartes d'identité à un prix suivant la tête du client. Le prix officiel est de mille francs. Mais, dans le cas d'espèces, un prix défiant toute concurrence a été demandé. Dans d'autres cas, des sommes beaucoup plus élevées peuvent être sollicitées. Pendant longtemps, les autorités sont restées muettes à ce sujet. Fort heureusement, la reconnaissance de certains autres documents officiels comme pouvant servir d'identifier les citoyens a permis de juguler le problème.

partie civile, auprès du procureur de la République près le tribunal de première instance de la commune VI du district de Bamako<sup>41</sup>.

Ce dernier, partagé entre la volonté de poursuivre et le précédent fâcheux qu'il pourrait créer, après plusieurs mois de tergiversation, a opté pour la médiation pénale. Dans cette affaire, malgré toutes les preuves fournies par le plaignant (différentes photos le présentant sous tous les angles qui laissent apparaître des blessures et plusieurs contusions, les imageries médicales) le policier mis en cause n'a jamais daigné se présenter à la convocation du procureur. Pire, il n'a jamais reconnu les faits et a déclaré à sa victime qu'elle pourrait se plaindre où elle veut. Il affirme n'avoir rien à se reprocher, encore moins à craindre. L'affaire n'a, encore de nos jours, connu aucune suite. La victime ne veut pas transiger et l'auteur ne veut pas reconnaître les faits, encore moins s'excuser. De tels cas sont légion au Mali. Les victimes d'abus d'autorité ou de pouvoir sont nombreuses et certains procureurs ne sont pas prompts à réagir, lorsque c'est une autre autorité qui est mise en cause. La recherche d'une solution apaisée devait, ici, nécessairement passer par une sensibilisation des parties. L'attitude du procureur et du policier ont créé chez la victime un sentiment d'impunité. Or, avec un peu plus de tact, l'issue aurait pu être heureuse et la volonté de se venger aurait certainement disparu. Selon M. Perrier, la revendication de la victime relève plus d'un besoin de reconnaissance et se traduit par cette volonté de participer au procès pénal. Sa souffrance appelle donc un complément de considération, qui conduit à donner suite à son accusation et sa quête de vérité<sup>42</sup>. Souvent, la reconnaissance de la réalité des faits, les excuses présentées, les marques d'attention particulière constituent en soi ce besoin de considération pouvant conduire à la solution amiable recherchée.

La médiation pénale, moyen d'apaisement du conflit permet aux protagonistes de s'écouter, de dialoguer, de s'entendre, donc de se comprendre sur l'essentiel. Elle permet d'éviter le traumatisme du procès, de conserver le tissu social. En Afrique et tout particulièrement au Mali, la préservation des biens sociaux est d'importance capitale. D'ailleurs, l'adage selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » est assez illustratif et permet de maintenir de bons rapports de voisinage.

La médiation, voie intermédiaire entre le procès classique et le classement sans suite des affaires, permet d'éviter les inconvénients liés à ces deux voies. La poursuite du procès attise les haines, exacerbe les contradictions, aiguise

---

<sup>41</sup> Les juridictions de l'ordre judiciaire au Mali, sont composées, au niveau du premier degré de juridictions de droit commun et de juridictions spécialisées. Les juridictions de droit commun comprennent les justices de paix à compétence étendue et les tribunaux de première instance.

<sup>42</sup> Jean-Baptiste PERRIER, *La médiation pénale*, op. cit., p. 11.

les frustrations. Elle est traumatisante et met beaucoup plus de temps avant un dénouement de la situation. Le classement sans suite quant à lui laisse un sentiment de désintérêt : un abandon de la victime à son triste sort, voire une partialité de la part des magistrats, pour l'auteur de l'infraction, un sentiment d'impunité ou de sa toute-puissance<sup>43</sup>. Ce mode alternatif de règlement des conflits est nettement préférable à une décision tardive ayant perdu son sens ou un classement sans suite avec ses effets encore plus négatifs.

La médiation est donc, avant tout, une solution négociée, juste et équilibrée. Elle est le résultat d'une rencontre de volontés des protagonistes qui en sont les principaux acteurs, les artisans de leur propre solution. Chacune des parties pense avoir tiré le meilleur bénéfice : l'auteur bénéficie d'un traitement de faveur et la victime, de la reconnaissance de la considération. Personne n'aura l'impression d'être lésé. La médiation apparaîtra comme l'expression d'un certain humanisme dans la justice pénale. Elle ne doit pas être considérée comme un marchandage ou un affaiblissement de la répression, mais plutôt comme la manifestation ou la recherche d'une solution consensuelle apaisée. Le souci d'apaisement doit être constant, notamment, lorsque le principe d'indemnisation, de dédommagement de la victime est acquis. Ce schéma offre une véritable coopération entre l'auteur de l'infraction et sa victime, car, selon Leblois-Happe, la médiation propose une réponse fondée sur le dialogue et la libre participation des parties. Sa vertu de solution apaisée du conflit est donc indéniable<sup>44</sup>.

Cette vertu, aussi incontestable qu'elle puisse paraître, ne doit être envisagée que si elle est susceptible d'assurer la réparation du préjudice, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement, de l'auteur de l'infraction<sup>45</sup>. Pour que soit assurée la réparation et mis fin au trouble, il est impératif que son auteur reconnaisse les faits et accepte d'indemniser la victime. Il n'y aura point d'accord lorsque persiste le désaccord sur la matérialité des faits. Il ne s'agit cependant pas d'une condition *sine qua non*, quand bien même on ne saurait transiger sur des faits contestés ou contestables. La reconnaissance préalable des faits s'avère nécessaire pour que soit instauré le dialogue et rétablie la confiance<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> CARTIER, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », *Répertoire Général de procédure pénale*, 1998.

<sup>44</sup> J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles solutions à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, Aix-Marseille, 2002, n° 1201.

<sup>45</sup> Article 52 du Code de procédure pénale du Mali, issu de la loi n° 01-08 du 20 août 2001.

<sup>46</sup> LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ pénal*, 2011, p. 218.

Lorsqu'elle est décidée, la médiation pénale doit contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction, conformément aux dispositions de l'article 52 CPPM (article 41-1 du Code de procédure pénale français). L'amendement du coupable doit permettre sa réintégration dans la société<sup>47</sup>. En somme, la reconnaissance des faits constitue un pas important vers la responsabilisation de l'infracteur<sup>48</sup>. Par la reconnaissance des faits, du dommage causé à la victime, l'auteur prend conscience, s'amende, exprime souvent des remords et, par conséquent évite de récidiver. Il apporte ainsi une dose de soulagement à la victime qui sent désormais que sa cause est soutenue, sa douleur et sa souffrance reconnues.

En admettant sa responsabilité, il accepte coopérer et collabore plus aisément à l'élaboration de sa sanction. L'infracteur se soumet plus facilement à la décision et s'y soustrait difficilement. C'est là un gage de sa réinsertion sociale : l'acceptation de sa culpabilité ; l'expression de remords, la soumission à la solution proposée ; car il en est un acteur principal qui accepte de se soumettre à sa stricte exécution. Chacun des protagonistes y trouve son compte (l'auteur croit avoir bénéficié d'une sanction clémente, la victime estime avoir été écoutée et donc considérée). Il faut aussi admettre que la pacification, l'apaisement du conflit n'est pas la seule vertu de la médiation pénale. Elle est aussi, d'un point de vue substantiel, beaucoup plus efficace que la procédure classique.

## *2. L'efficacité de la médiation pénale*

Avec la procédure de médiation, les protagonistes prennent en main leur destin, la direction des opérations, orientent le cours des choses. Dès lors, elle apparaît comme une solution efficace par rapport au mode traditionnel. L'efficacité ici se mesure par la simplification de la procédure et la certitude du règlement du conflit.

Par la médiation, les parties règlent elles-mêmes le litige. C'est le principe de l'autorégulation qui permet de mieux prendre en compte les soucis de chacun des acteurs à la satisfaction générale. L'autorégulation est le meilleur facteur de simplification de la procédure. Le parasitisme<sup>49</sup> juridique est évité. La préparation et l'aboutissement de la procédure ne dépendent que du dynamisme des parties. Les multiples audiences avec leur corolaire, les

---

<sup>47</sup> Sandrine LEFRANCE, « Le mouvement pour la justice restaurative, 'an idea whose time has come' », *Droit et Société*, 2006. R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », Dalloz, 2003, Chronique 145.

<sup>48</sup> J.-B. Perrier, *La médiation pénale*, *op. cit.*, p. 13. ROTH, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction », in *La peine dans tous ses états, Hommage à Michel Vande Kerchove*, Lancier 2011, p. 115.

<sup>49</sup> J.-B. PERRIER, « La médiation pénale », *op. cit.*, p. 15.

renvois à des dates espacées sont écartées. Les débats, les plaidoiries, les échanges d'écritures entre avocats sont proscrits. Le coût de la procédure est amenuisé autant pour les protagonistes, qui n'ont plus à faire face à des frais de justice exorbitants, que pour les autorités de poursuites qui observent une participation neutre dans la procédure, en évitant de mobiliser des moyens colossaux pour la tenue d'un procès<sup>50</sup>. L'introduction et la pérennisation de la justice négociée basée sur le consensualisme s'avère donc économique pour tous les acteurs du procès.

Le plus important facteur d'efficacité de la médiation réside certainement dans sa souplesse et sa simplicité, selon M. Perrier<sup>51</sup>. Le formalisme évident de la procédure est évincé. La phase préparatoire du procès (enquête préliminaire et instruction) est supprimée. Aucun facteur de ralentissement ne vient perturber l'élan, la volonté des parties, car le traitement judiciaire des affaires implique leur enfermement dans des règles de procédure<sup>52</sup> impératives dont le non-respect entraîne des nullités. Les parties observent les principes de leur choix, aucun comportement leur est imposé. Leur liberté est totale dans la conduite des négociations. C'est pourquoi, en évitant de recourir à la justice classique, les parties évitent les effets déréalisant et inhibiteurs de la justice pénale qui peut se révéler inappropriée dans certains cas<sup>53</sup>.

La déritualisation du procès apparaît ici comme un facteur de simplification et de simplicité avec pour corollaire l'éviction du formalisme. Ceci est certes une évidence. Il faut, cependant noter que la procédure de médiation n'est pas totalement exempte de tout formalisme. Les parties doivent, en principe, être informées de leur droit à l'assistance d'un avocat et des conséquences de la médiation (en cas d'échec ou de succès).

L'efficacité de la médiation pénale est favorisée par l'état d'esprit propice à un règlement amiable des parties. En effet, en acceptant de recourir à ce procédé la volonté des parties de parvenir à un règlement est manifeste. Du coup, tout aléa, toute incertitude sont écartés. La victime est assurée de la reconnaissance de sa souffrance et, par conséquent, la réparation du préjudice subi. Quant à l'infacteur, il est assuré de bénéficier d'un traitement élémentaire.

---

<sup>50</sup> Voir SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette 2005, p. 160. Il est plus judicieux de conserver les maigres ressources budgétaires allouées à la justice pour des causes plus importantes. Dans les affaires mineures, le recours à la médiation doit être primordiale.

<sup>51</sup> J.-B. PERRIER, « La médiation pénale », *op. cit.*, p. 16.

<sup>52</sup> ROTH, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction », in *La peine dans tous ses Etats, Hommage à Michel Vande Kerchove*, Lancier 2011, p. 115.

<sup>53</sup> PEYRAT, « La justice pénale de proximité : faire plus ou mieux faire ? », *Gaz. Pal.*, octobre 2001, p. 2.

De ce fait, l'aléa est écarté, même si, dans certains cas, l'une des parties peut être amenée à accepter une solution inéquitable<sup>54</sup>, qui pourrait lui être défavorable. Il est donc important que le médiateur choisi informe les parties des avantages, mais aussi d'éventuels inconvénients de la procédure initiée. Sur ce point, la victime pourrait bénéficier d'un meilleur avantage ou d'une sous-évaluation du dommage. A l'inverse, l'auteur de l'infraction pourrait être sur taxée ou non. Dans tous les cas, les effets bénéfiques de la médiation, par rapport à la justice classique sont incontestables.

Pour Beccaria, une solution certaine est beaucoup plus souhaitable qu'une solution sévère, puisqu'elle évite les tourments inutiles et féroces de l'incertitude<sup>55</sup>. Les poursuites pénales sont arrêtées, la sanction écartée, mais la réparation est obtenue avec plus d'efficacité et de pragmatisme. Les parties, au préalable consentantes, ne ressentent plus la sévérité de la sanction, son inadéquation ou son inéquité, car elle a fait l'objet d'une négociation. Chacune d'elle a eu tout le temps nécessaire d'apprécier les éléments de fait qui l'ont conduit à accepter la solution ainsi proposée. Cependant, si le montant de la réparation devait être fixé par le juge, l'incertitude planera toujours. La victime ne peut être certaine d'obtenir la somme demandée ou souhaitée. Il en est de même pour l'infracteur qui pourrait être plus sévèrement ou non punie. Quoiqu'il arrive, l'intervention du juge est toujours moins efficace que la médiation. Elle peut donner lieu à une éventuelle poursuite du procès (en appel, par exemple) avec son corollaire de complications, de formalisme, de ritualisation et donc de moins d'efficacité et d'aiguinement du conflit. Mais si la solution proposée résulte d'un accord de volontés, les ressentiments personnels s'estompent pour laisser place à une satisfaction générale. De ce point de vue, la médiation permet d'atteindre les objectifs de la politique pénale : mettre fin au trouble social, réparer le dommage causé à la victime et surtout permettre la resocialisation de l'auteur de l'infraction. Celui-ci par sa repentance, l'expression du remords, la reconnaissance de sa faute contribuera significativement à l'apaisement du conflit et à sa propre réinsertion. L'efficacité et la simplicité de la médiation permettent d'obtenir une réponse consensuelle plus rapidement.

### ***B. La médiation pénale-un gage de célérité de la procédure***

L'institution de la médiation résulte d'un constat amer, celui de l'échec de la justice traditionnelle à dynamiser la procédure. Les juridictions sont de

---

<sup>54</sup> J.-B. PERRIER, « La médiation pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2014, p. 19.

<sup>55</sup> C. de BECCARIA, *Des délits et des peines*, Editions ENS, 2009, p. 205.

plus en plus encombrées en raison de la lenteur des procédures. Dans cette optique, la célérité sera perçue comme une qualité garantissant le respect des principes du procès équitable<sup>56</sup>. La recherche de la célérité est un impératif dans la procédure judiciaire même si celle-ci ne doit pas être recherchée à tout prix. L'appréciation du caractère raisonnable du délai varie, selon E. Petiti, en fonction de la nature de l'affaire, du comportement des autorités compétentes et de celui de la victime<sup>57</sup>. Elle ne doit pas être non plus écartée dans la procédure de médiation pour permettre à la fois d'accélérer le règlement du litige (1) et d'améliorer le fonctionnement de la justice (2).

#### *1. L'accélération de la procédure par la médiation*

La lenteur de la justice classique est l'un des maux qui ont contraint les pouvoirs publics à rechercher des procédés de règlement des litiges plus efficaces. L'expérimentation des procédés amiables, consensuels et de proximité a permis de constater que la médiation pénale présente des vertus susceptibles de guérir la justice de ses maux. Selon C. Etrillard, le gain de temps permis par les solutions négociées est évident puisque ces modes consensuels de règlement rapide est donc l'un des fondamentaux de la médiation<sup>58</sup>. En somme c'est une procédure accélérée recherchée, initiée et voulue par les protagonistes. Si elle devait s'éterniser dans le temps, elle n'aurait certainement pas conduit à la solution recherchée : l'apaisement. Or, le corollaire de la justice classique, c'est la lenteur comme élément d'aggravation de la situation des parties. Le temps nécessaire à l'intervention du juge peut s'avérer très long. Ce qui, à terme, pourrait engendrer d'autres situations indésirables, notamment l'alourdissement des frais, l'incertitude du règlement etc.

La célérité de la procédure de médiation permet à chacune des parties d'être fixée sur son sort : l'auteur sera informé des sanctions et la victime rassurée d'une éventuelle réparation du préjudice subi. Tout ceci dans un délai raisonnable : un délai suffisant pour permettre aux protagonistes de comprendre et d'apprécier la portée de leur engagement. La célérité est également perçue comme gage d'une bonne justice, car selon M. Sylvestre, la

---

<sup>56</sup> Voir les articles 2 CPPM, 5 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme, les articles correspondants de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il y est clairement affirmé que tout individu en procès a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable.

<sup>57</sup> E. PETITI, « Le délai raisonnable selon l'article 6 CEDM », *RSC*, 2004, p.375 ; S. GUICHARD, *Procédure pénale*, Cujas, 2008, p. 142.

<sup>58</sup> C. ETRILLARD, « Les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et pénale : état des lieux », *RRJ*, 2003.

promptitude épargne au coupable les tourments de l'incertitude<sup>59</sup>. Elle est censée prendre en compte les intérêts du fauteur de trouble et lui éviter les désagréments liés à l'attente d'une éventuelle décision de justice. Selon Bollé, l'angoisse que provoque l'attente d'un jugement, la réprobation qui s'attache à une accusation dont il sera peut-être lavé, les dépenses qu'il doit engager, la perte éventuelle de son emploi... sont autant de considérations qui nécessitent une célérité dans la mise en œuvre de la réaction sociale<sup>60</sup>.

La célérité est aussi une marque d'humanisme de la justice qui implique une réaction rapide et mesurée des autorités judiciaires, mais aussi et surtout une prise en compte des intérêts des protagonistes. A cet effet, Beccaria affirmait que la célérité est pour le marquis italien source d'utilité, car moindre est la distance qui passe entre la peine et le forfait, plus forte et plus durable est dans l'âme humaine l'association de ces deux idées, délit et peine, si bien qu'insensiblement l'un est considéré comme la cause et l'autre comme son effet nécessaire et inéluctable<sup>61</sup>. La manifestation de l'humanisme est un gage sérieux et suffisant de sérénité. La sérénité ici est recherchée par tous les acteurs dès lors qu'ils ont convenu de recourir à la médiation pénale. Elle s'impose donc et de facto d'elle-même. Les protagonistes y contribuent significativement : en acceptant d'y recourir et, par conséquent de se soumettre à la solution qui en résultera. C'est justement cette volonté de soumission, d'acceptation de la décision qui constitue le socle de la sérénité. Chacune des parties a, au préalable pris connaissance des propositions faites, et a eu le temps nécessaire de les analyser, d'en mesurer la portée, avant de donner son accord. On constate avec quelle humilité le consentement est donné. La sérénité est donc visible : la victime constate qu'elle ne fait plus l'objet d'un mépris, sa souffrance ayant été reconnue et réparée. Quant à l'auteur, il estime avoir bénéficié d'une justice clémente car ayant échappé à toute peine.

Enfin, la réaction rapide des autorités de poursuite permet d'éviter, d'une part le problème lié à la prescription et d'autre part de proscrire le sentiment d'impunité pouvant naître chez l'infracteur. En effet, les délits pouvant faire l'objet d'une médiation sont soumis à un délai de prescription assez bref. La lenteur de la justice pourrait être une cause de prescription, suite à une réaction tardive. Mieux, une décision tardive pourrait aussi être source

---

<sup>59</sup> M. SYLVESTRE, « La célérité de la procédure pénale française », *RRJ* 1996, p. 146. J. PRADEL, « La célérité du procès pénal », *RI. crim et police technique*, 1984, p. 402.

<sup>60</sup> BOLLE, « Les lenteurs de la procédure pénale », *RSC*, 1982.

<sup>61</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, ENS Editions, 2009, p. 205 ; voir aussi M. CATELAN, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2004.

d'inefficacité. Cependant, l'excès de précipitation est évité à tout prix<sup>62</sup>. Il faut donc prendre du temps, mais un temps mesuré, un temps adopté aux circonstances de la cause.

S'agissant de solutions consensuelles, le processus de médiation nécessite un temps de réflexion pour mener à bien les pourparlers. Selon M. Juston, cette temporalité est notamment importante dans les médiations familiales. Il ne s'agit nullement d'une renonciation à l'exigence de célérité, mais d'une souplesse reconnue au consensualisme en la matière. La célérité n'est pas et ne doit pas être confondue à un traitement expéditif du litige. Elle doit être entendue comme un temps utile, raisonnable et indispensable au règlement du conflit. Ce temps est parfois très important pour permettre aux parties de comprendre ce à quoi elles s'engagent mais aussi et surtout, la portée de cet engagement. La première offre n'est certainement pas toujours la meilleure. Le temps de réflexion permet, à coup sûr de réajuster les positions, de les rapprocher et enfin, de les concilier.

L'observation d'un certain délai présente donc un avantage. C'est pourquoi M. Outin Adam affirme que toute durée ne doit pas être systématiquement dénoncée<sup>63</sup>. C'est donc, en fonction des circonstances de la cause que le temps nécessaire au règlement du différend doit être pris en compte. Certaines situations imposent du temps pour donner à la médiation cette vertu pacificatrice qu'on lui reconnaît<sup>64</sup>. En cela, la médiation contribue significativement au bon fonctionnement de la justice.

## *2. L'amélioration du fonctionnement de la justice par la médiation*

Indéniablement, la médiation est un facteur de célérité qui permet en même temps aux parties d'adapter sa durée à leur situation. De ce fait, elle permet de guérir la justice de ses maux les plus profonds : l'encombrement et la lenteur. L'accélération contribue incontestablement à l'amélioration de la qualité de la justice. Par la médiation, certaines infractions mineures sont déjudiciarisées. Les juges, à cet effet, bénéficient de plus de temps à consacrer aux affaires plus importantes et complexes tout en les jugeant

---

<sup>62</sup> WYVEKENS, « Entre médiation et justice pénale », *Archives pol. Crim.*, 1997, p. 88.

<sup>63</sup> Adam OUTIN, *Essai d'une théorie des délais en droit privé, contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse, ParisII, 1986, p. 211.

<sup>64</sup> BONAFE-SCHMITT, DAHAN, SALZER, SOUQUET et VACHE, *Les médiations, la médiation*, 1999, collection Trajets Erès, p. 15 et 5. FAGET, *Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale*, collection logiques juridiques, l'Harmattan, p. 52. LE ROY, « La médiation mode d'emploi », *Droit et société* 1995, p. 39.

rapidement, selon Pradel<sup>65</sup>. Il y a donc une amélioration du fonctionnement de la justice pénale par un traitement plus rapide des affaires.

Cette autre qualité substantielle de la médiation est mal perçue au niveau des juridictions maliennes. En effet, malgré la consécration de cette mesure alternative, les magistrats maliens ont du mal à se défaire des méthodes classiques. Elle n'est pas envisagée dans tous les cas où la loi le prévoit. Les procureurs et leurs substituts ont tendance à opérer des préférences dans le traitement des affaires. La mesure est plutôt envisagée pour éviter des ennuis à certains de leurs collègues, à des personnalités haut placées ou dans les cas où le traitement de l'affaire ne confère aucun avantage financier.

La médiation est un processus simplifié de règlement du litige qui amoindrit le coût de la justice et accélère son cours. En effet, le choix de la voie classique occasionne toujours des frais (frais du dossier, consignation, honoraires, frais d'actes de justice) à la charge des parties, mais aussi à la charge des autorités de poursuite (mobilisation de moyens en vue d'un procès). Selon Salas, l'« économie pénale favorise la croissance des alternatives aux poursuites ou au procès »<sup>66</sup>. Elle confère un avantage à tous les acteurs du procès : pour certains des avantages patrimoniaux ou extrapatrimoniaux et pour d'autres les deux à la fois.

La médiation pénale est aussi un processus dégagé des multiples formalités qui encadrent le procès pénal. En effet, la procédure est encadrée et enfermée dans l'observation de certaines règles impératives. Le rituel est évincé, les actes de procédure exercés par les autorités de poursuite sont abandonnés, le temps nécessaire à l'aboutissement de la procédure est écarté. La rigidité du procès pénal est remplacée par une souplesse née de la volonté des parties qui mènent les négociations selon leur bon vouloir et dans le strict respect de leurs intérêts. Le cérémonial judiciaire, par « ses effets déréalisant et inhibiteurs » peut se révéler inapproprié dans certains cas<sup>67</sup>. La souplesse contribue donc à l'amélioration du fonctionnement de la justice.

La médiation est enfin, un processus dont l'issue est certaine. Dans l'hypothèse où le recours à la médiation est accepté, victime et auteur s'attendent à un résultat concret : la victime à une réparation du préjudice et,

---

<sup>65</sup> Jean PRADEL, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *RID pénal*, vol. 66, p. 326.

<sup>66</sup> SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette 2005, p. 160.

<sup>67</sup> PEYRAT, « La justice pénale de proximité : faire plus mieux faire ? », *Gaz. Pal.*, octobre 2001, p. 2.

préalablement, à une reconnaissance par l'auteur du trouble causé ; l'auteur, à l'évitement d'une peine etc.<sup>68</sup>

L'amélioration du cours de la justice par la médiation est évidente. Désormais, elle offre au parquet les possibilités d'individualiser la réponse pénale. Mais en même temps, elle agit comme un « antidote » face aux lenteurs<sup>69</sup>. Aux yeux des magistrats du ministère public, la justice négociée apparaît comme un "paradigme" d'une conception utilitariste de la justice<sup>70</sup>. Malgré les multiples avantages reconnus à la médiation, celle-ci ne doit nullement conduire à une justice expéditive. M. Pradel ne disait-il pas que la célérité n'est pas la précipitation<sup>71</sup>. Citant Fortescue, il affirme que « jamais la justice n'est autant en danger que lorsqu'elle se rend trop vite »<sup>72</sup>. La médiation, pour atteindre ses objectifs, doit concilier célérité et qualité. Elle ne doit être faite ni dans la trop grande précipitation ni avec un retard extrême. C'est de ce seul point de vue qu'elle contribuera à l'apaisement du conflit.

En outre, elle ne doit pas apparaître comme une solution imposée. Elle doit être comprise de la même manière aussi bien par celui qui en a bénéficié. La médiation ne doit pas être comprise ou interprétée comme un avantage accordé à une personne mais plutôt comme une procédure présentant des avantages certains sur la procédure classique. Elle doit contribuer au renforcement de la crédibilité et de la confiance reconnue à la justice, accordant les mêmes avantages aux parties<sup>73</sup>.

Initiée par le procureur de la République, qui peut la conduire personnellement ou par l'intermédiaire d'un médiateur pénal, et avec l'accord des parties, la médiation a pour objectif de permettre aux parties de trouver elles-mêmes une solution à leur différend, en évitant la voie judiciaire<sup>74</sup>. La recherche d'un accord ne doit pas être systématique. Certes, l'idéal aurait été la conclusion d'un accord qui satisfait les intérêts des protagonistes.

---

<sup>68</sup> Joseph RATINEAU, *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*. Dalloz 2008, p. 1035 et s. C. Etrillard, *Le temps dans l'investigation pénale*, l'Harmattan 2004, p. 124.

<sup>69</sup> GARAPEON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob 2010, p. 67.

<sup>70</sup> DEHARO, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitaire de la justice ? », *LPA*, 2012 p. 3. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, collection Univers de normes, Rennes 2010, p. 109.

<sup>71</sup> J. PRADEL, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *op. cit.*, p. 323.

<sup>72</sup> J. PRADEL, *op. cit.*, p. 324.

<sup>73</sup> DECHENAUX, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 393.

<sup>74</sup> Jean-Baptiste PERRIER, « Médiation pénale », *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, octobre 2014, p. 63.

Cependant, l'inverse n'est pas à écarter. Il n'est donc pas surprenant que quelle que soit l'issue, la médiation produise des effets à l'égard de l'action publique d'une part, et de la victime d'autre part.

## **II. Les effets de la médiation pénale**

Mise en œuvre sur initiative du procureur de la République et avec l'accord de la victime, la médiation vise à la conclusion d'un accord privé au sein du contentieux répressif<sup>75</sup>. Cet accord doit permettre d'atteindre les objectifs assignés à cette mesure procédurale. Solution consensuelle, quelle que soit son issue, elle produira différents effets à l'égard de l'action publique (**A**) et à l'égard de la victime (**B**).

### ***A. Les effets de la médiation sur l'action publique***

L'exercice ou la mise en mouvement de l'action publique implique nécessairement des actes tendant à engager des poursuites à l'égard de l'auteur de l'infraction afin de réparer les préjudices subis par la société et la victime. Or, le recours à la médiation impose la recherche d'un accord entre auteur et victime, le procureur demeurant un arbitre, censé concilier les parties. L'échec ou l'aboutissement de la médiation aura un impact certain sur l'orientation à donner aux suites de l'affaire. Le procureur aura à se décider sur la survie ou la suspension éventuelle de l'action publique. Nous envisagerons ainsi les effets de la médiation en cas d'échec (*1*) ou en cas de réussite (*2*).

#### *1. Les effets de la médiation en cas d'échec*

L'attente de tous les acteurs serait de parvenir à un accord consensuel permettant d'indemniser la victime et de resocialiser l'auteur de l'infraction. Cependant, la conciliation des positions des parties peut s'avérer délicate. Ainsi, lorsqu'elles ne parviennent pas à un accord, le médiateur constate l'échec, dresse procès-verbal et en informe le procureur de la République. Celui-ci peut décider de proposer à l'intéressé une composition pénale, donc conserver la dynamique consensuelle, ou engager des poursuites<sup>76</sup>. Il paraît, dès lors clair que le recours à la médiation suspend l'action publique. La suspension n'entraîne nullement prescription et n'entrave en rien l'éventualité des poursuites, en cas d'échec de la médiation, car celle-ci ne doit pas avoir pour but l'écoulement du temps, source de prescription.

---

<sup>75</sup> J.-B. PERRIER, *op. cit.*, p. 64.

<sup>76</sup> *Ibid.*

D'ailleurs le législateur français ne sanctionne-t-il pas le comportement fautif de celui auquel l'échec est imputable<sup>77</sup> ? Il vise ici l'attitude de l'auteur qui use de manœuvres dilatoires en vue de compromettre tout accord éventuel, voire la non-exécution des prévisions de l'accord. En l'absence de tout élément nouveau, le législateur demeure intransigeant et ne tolère, de la part de l'auteur de l'infraction, aucun comportement maladroit. Le cas échéant, il doit lui proposer une composition pénale ou engager des poursuites. Ces mesures sont, de nature, selon M. Perrier, à peser sur le consentement à l'accord de médiation, puisqu'il sait qu'en cas de refus, le procureur devra mettre en œuvre des procédés plus répressifs<sup>78</sup>. Cependant, selon Leblois-Happe, le déclenchement de la procédure serait « injuste » si l'auteur s'est montré plus coopératif et que l'échec n'est dû qu'« aux chicaneries de la victime »<sup>79</sup>. De toute évidence, le législateur n'a prévu de sanction qu'en cas d'échec imputable à l'auteur de l'infraction. Il semble que c'est ce dernier qui est le plus enclin à entreprendre la dilatoire, soit pour échapper aux poursuites, sous l'effet de la prescription, soit pour se dégager de l'exécution des clauses de l'accord. Dans tous les cas, l'action publique survit et persiste, car le procureur dispose toujours de moyens pour l'exercer. C'est pourquoi, il est de l'intérêt de l'auteur de consentir à la médiation et à l'accord qui en découlerait car en cas de succès, il peut opérer un classement sans suite.

## 2. Les effets de la médiation en cas de réussite

Le succès de la médiation impose qu'on jette un regard sur le sort de l'action publique. Depuis l'origine, elle est présentée comme une alternative aux poursuites, donc insusceptible de s'opposer à leur déclenchement. Mais une lecture attentive des dispositions relatives à la médiation commandait d'y avoir une cause d'extinction de l'action publique. Ce dualisme dans l'appréciation de la nature de la médiation a obligé la Cour de cassation française à interpréter et réaffirmer le caractère non extinctif des mesures en cause.

Il est, dès lors, nécessaire de lever l'équivoque en précisant le caractère non alternatif de la médiation, au regard de l'interprétation donnée par la cour et, de déterminer son incidence sur l'action publique. Une mesure alternative

---

<sup>77</sup> Article 41-1 du nouveau Code de procédure pénale français : « En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites ».

<sup>78</sup> J.-B. PERRIER, *op. cit.*, p. 66.

<sup>79</sup> LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance, état des lieux et perspectives », *RDC*, 1994, p. 327.

suppose qu'elle soit mise en œuvre à la place d'une autre. Or, le recours à la médiation laisse toujours subsister l'éventualité des poursuites. Nous l'avons évoqué, notamment en cas d'échec de la médiation. L'analyse de la pratique démontre qu'après le succès, l'action publique n'est plus mise en mouvement. Selon l'interprétation de la Cour de cassation française, le non-déclenchement des poursuites ne pourrait être assimilé à une cause d'extinction<sup>80</sup>. Elle estime de ce fait que le procureur, satisfait du succès de la mesure, use de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites en procédant au classement sans suite. Ce qui est et demeure une décision administrative et non un acte juridictionnel, révoquant à tout moment<sup>81</sup>. D'ailleurs, selon Déchénaux, rien ne s'oppose au déclenchement des poursuites, même après conclusion d'un accord entre auteur et victime<sup>82</sup>. Ce qui atteste de l'ambiguïté de la nature des voies alternatives.

Pourtant, l'analyse d'une doctrine abondante sur la question laisse entrevoir une autre logique. Plusieurs auteurs les perçoivent comme de véritables alternatives aux poursuites<sup>83</sup>. En cas de succès, notamment, il semble que soit exclue toute possibilité de déclencher une quelconque poursuite. D'ailleurs, de l'objectif de la médiation, il ressort clairement, qu'elle vise à réparer les troubles causés à la victime et à la société et à contribuer au reclassement de son auteur. Si ce but est atteint, de toute évidence, l'engagement des poursuites serait sans objet.

La position de la chambre criminelle de la Cour de cassation est, cependant, définitive. La conclusion d'un accord de médiation n'est pas un obstacle à l'exercice des poursuites et, par conséquent, ne constitue pas une cause d'extinction de l'action publique<sup>84</sup>. Toutefois, il faut noter que le recours à la médiation suspend les délais de prescription tout au long du processus.

---

<sup>80</sup> Cass. Crim., 6 juin 1952, *Bull. Crim.* n° 142. Cass. Crim. décembre 1972, *Bull. crim.* n° 375. Cass. Crim. 12 mai 1992, *Bull. crim.* n° 186, note D. MAYER.

<sup>81</sup> DECHENAUX, « Les voies alternatives », dans MALABAT, DE LAMY ET GIACOPPELI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, collection colloques et débats, Litec 2011, p. 215-218.

<sup>82</sup> DECHENAUX, *op. cit.*, p. 218.

<sup>83</sup> S. GUINCHARD et J. BRUSSON, *Procédure pénale*, 8<sup>ème</sup> édition, Litec 2012, n° 1492 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 2<sup>ème</sup> édition, Economie 2012, n° 1175.

<sup>84</sup> Cass. Crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n° 141 ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 2011, p. 18, note DETRAZ ; *Dalloz* 2011, observations PERRIER ; *DALLOZ* 2011, note DESPREZ, *Procédures* 2011, observations BREISSON RQC 2011.

La consécration du caractère non-alternatif de la mesure résulte de ce qu'elle est considérée comme révocable par certains<sup>85</sup>.

Selon M. Perrier, il faut rejeter cette interprétation, car la chambre criminelle rappelle simplement la révocabilité de la décision du classement sans suite<sup>86</sup>. Ce n'est donc pas la mesure relative à la médiation qui est révoquée. Cette question est sujette à débats<sup>87</sup>. Quelles que soient les positions retenues par les uns et les autres, la Cour de cassation française refuse la qualité de véritable alternative aux poursuites à la médiation pénale<sup>88</sup>.

La position ainsi adoptée de la Cour nous invite à une redéfinition de la portée de la médiation sur l'action publique. En effet, selon Conte et Maistre, le classement sans suite d'une affaire sera nécessairement lié au succès de la médiation<sup>89</sup>. Elle apparaît ainsi comme une simple mesure préalable à la décision sur l'action publique<sup>90</sup>. La conclusion d'un accord à la suite de la médiation n'est ni de nature à établir la culpabilité de l'auteur de l'infraction, ni même à entraver la mise en mouvement de l'action publique<sup>91</sup>. Une telle attitude fait craindre un désintérêt des acteurs du procès pénal, notamment pour les juridictions maliennes qui voient dans la médiation une mesure avantageuse certaine.

Il y a donc un risque, celui de l'abandon progressif du recours à cette mesure dont les effets bénéfiques sont indiscutables. La réaffirmation de l'absence d'incidence sur l'action publique pourrait conduire à réduire, sinon écarter leur intérêt<sup>92</sup>. Le caractère non extinctif de la médiation prive cette solution consensuelle des avantages insoupçonnés. Selon Leblois-Happe, une telle solution paraît douteuse<sup>93</sup>, lorsque, après une mesure présentée comme alternative, le procureur déclenche les poursuites. En la matière, une

---

<sup>85</sup> Voir à ce sujet, BELFANTE, « De la révocabilité du rappel à la loi en particulier et des alternatives aux poursuites en général », note sous crim. 21 juin 2011, *A J pénal* 2011, p. 584 et 5.

<sup>86</sup> J.-B. PERRIER, « La médiation pénale », *AJ pénal* 2014, N° 73 ;

<sup>87</sup> LENA, « Alternatives aux poursuites et exécution de l'action publique », obs. sous crim. 21 juin 2011, *Dalloz actualité*, 12 juillet 2011, n° 11-80-003.

<sup>88</sup> DETRAZ, « Clarification du régime applicable à la procédure de l'article 41-1 du Code de procédure pénale », note sous crim. 21 juin 2011 ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 2011, p. 18.

<sup>89</sup> CONTE et MAISTRE, *Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> édition, Armand Collin 2002 n° 310.

<sup>90</sup> DEPREZ, « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », note 21 juin 2011, *Dalloz* 2011. 2382.

<sup>91</sup> Cass. Crim., 6 décembre 2011, *Bull. crim.* n° 245. *RSC* 2012, obs. DANET.

<sup>92</sup> J.-B. PERRIER, « La médiation pénale », *op. cit.* *AJ pénal*, n° 75.

<sup>93</sup> LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance », *op. cit.*, n° 1311.

évolution législative serait souhaitable afin de conférer à la médiation la pleine qualité de mesure alternative, par l'extinction de l'action publique<sup>94</sup>. Sa mise en œuvre doit permettre le règlement apaisé du conflit présentant un avantage pour l'auteur et la victime, voire le service public de la justice.

Néanmoins, la pratique actuelle de la médiation nous conforte dans la position consacrant cette mesure comme une éventuelle alternative aux poursuites. Dans tous les cas, les magistrats du parquet trouvaient déjà inopportun le déclenchement des poursuites, dans la mesure où la conclusion d'un accord a permis l'indemnisation de la victime, l'effacement du trouble social, le reclassement de son auteur, toutes choses que viserait l'exercice de l'action publique. Selon Leblois-Happe, la réouverture des poursuites après un premier classement sans suite, après médiation, serait même « absurde »<sup>95</sup>.

Quelle que soit l'issue de la médiation, elle a une incidence sur les droits de la victime.

### ***B. Les effets de la médiation sur les droits de la victime***

Les effets méritent ici d'être analysés, selon que la médiation a abouti ou non à la conclusion d'un accord. Il est naturel de considérer que les droits de la victime ne seront nullement affectés en cas d'échec. Même en cas réussite, elle pourra éventuellement, lorsque le mis en cause ne respecte pas ses engagements, le faire citer devant le tribunal compétent en se constituant partie civile ou saisir le juge civil de sa demande de réparation<sup>96</sup>.

#### *1. En cas de réussite*

En aucune manière, l'échec ne semble souhaitable. Préalablement à sa décision de recourir à la médiation, le procureur de la République doit en mesurer la portée tant pour la victime que pour l'auteur de l'infraction. C'est pourquoi l'effet recherché est la réussite. Dès lors, il faudra distinguer entre les effets de la médiation sur l'action et l'éventuelle survie du procès pénal dans certains cas. Nous avons précisé qu'en théorie, rien ne s'oppose au déclenchement du procès même après conclusion d'un accord entre parties. Mais l'indemnisation de la victime est une forme de transaction qui, en principe, met fin à toutes prétentions au civil. Par contre, les engagements moraux ou symboliques ne sauraient emporter extinction de l'action civile<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, Aix-en-Provence 2012, n° 102.

<sup>95</sup> LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, n° 1293.

<sup>96</sup> J.-B. PERRIER, « Médiation pénale », *op. cit.*, n° 78.

<sup>97</sup> LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, RSC, 1994, p. 535.

Dès la conclusion de l'accord et après sa mise en œuvre par son auteur, la victime ne saurait prétendre à une nouvelle indemnisation. Cependant, la jurisprudence a consacré la possibilité de la victime de solliciter un complément d'indemnisation en cas d'aggravation imprévisible du préjudice lors de la conclusion de l'accord<sup>98</sup>, car l'autorité de la chose transigée n'y fait pas obstacle. En revanche, toute nouvelle action est irrecevable lorsque le préjudice était connu lors de la conclusion de l'accord et qu'il a été sous-évalué<sup>99</sup>. C'est donc seulement dans les cas de survenance de nouveaux préjudices ou d'aggravation non prévisible du préjudice que la victime conserve le droit à un complément d'indemnisation.

Malgré l'indemnisation et, l'extinction de l'action civile, l'action publique peut subsister dans certains cas.

## 2. La survie du procès dans certains cas

Cela pose la délicate question de l'incidence de la médiation sur l'action publique. Nonobstant l'existence d'un accord, la victime peut faire citer directement l'auteur devant le tribunal correctionnel ou de police<sup>100</sup>. Dans un cas particulier, une victime avait fait citer l'auteur de l'infraction devant le tribunal de police, alors que celui-ci avait fait l'objet d'un rappel à la loi. Face à l'irrecevabilité prononcée par les juges du fond, la chambre criminelle rappelle le principe : « l'exécution des mesures prévues par la médiation est sans effet sur l'action publique »<sup>101</sup>. De la sorte, le plaignant peut mettre celle-ci en mouvement.

Néanmoins, il est important de constater que si l'auteur n'avait pas été récalcitrant et que la transaction avait eu lieu, la victime n'aurait pas pu saisir le tribunal compétent. Il semble que cela constitue la motivation de base pour laquelle l'action citée a été déclarée irrecevable. Par ailleurs, la survie de l'action publique est un sérieux motif de doute qui peut empêcher les auteurs de toute infraction de croire aux vertus de la médiation. En principe, à l'issue de celui-ci, chacune des parties aurait dû trouver satisfaction. La victime notamment devrait être mise dans ses droits à travers une indemnisation et la reconnaissance préalable de la culpabilité par l'auteur et les éventuels complices. Quant à l'auteur, s'il ne pouvait être rassuré par le recours à la médiation, avec comme acquis la renonciation aux poursuites, la survie de l'action publique, même après accord, le laisse vulnérable. C'est pourquoi,

---

<sup>98</sup> Cass. Civ., 1<sup>er</sup>, 27 janvier 1971, *Bull. Civ.* n° 1. Cass. Civ., 2<sup>ème</sup>, 9 décembre 1999, *Bull. civ.* II, n° 188. Voir spécialement J.-B. PERRIER, thèse précitée, n° 395.

<sup>99</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 avril 1971, *Bull. civ.* II, n° 152, *RTD civ* 1972, obs. DURY, n° 44.

<sup>100</sup> J.-B. PERRIER, « La médiation », *op. cit.*, n° 83.

<sup>101</sup> Cass. Crim. 17 janvier, *Bull. crim.* n° 12 ; *Dalloz* 2012, obs. PRADEL.

dans la pratique, les cas de poursuite après accord des parties sont plus qu'improbables, car les vertus de la médiation contribuent à apaiser le conflit.

\*  
\* \*

La mise en œuvre de la médiation, compte tenu de sa dimension pénale, appartient aux autorités de poursuite, plus particulièrement au procureur de la République. Mais la participation de la victime est essentielle, car sans accord, la mesure ne peut être envisagée. Elle requiert, en outre, la pleine participation de l'auteur qui est des plus souhaitables pour l'exécution de la mesure, preuve du caractère consensuel et apaisé de cette solution. Le choix du recours à la médiation n'a pas toujours fait l'unanimité dans la doctrine. Pour certains auteurs<sup>102</sup>, le procureur procéderait d'une pénalisation du social. Pour d'autres<sup>103</sup>, le déroulement de la médiation reste placé d'un bout à l'autre sous le contrôle de l'Etat, loin d'une justice pénale alternative fondée sur la dépenalisation et la concorde.

Dans tous les cas, le rôle des acteurs (le procureur lui-même ou un médiateur désigné par ses soins et les parties) n'est plus à démontrer. Leur pleine implication est le premier gage du succès de la médiation. Mieux, elle permet la réconciliation entre l'auteur de l'infraction et la victime. Elle contribue indéniablement à l'apaisement du conflit, donc à ramener la sérénité dans les cœurs et les esprits des protagonistes. L'accord de la victime et la pleine participation de l'auteur en sont les clés.

---

<sup>102</sup> FAGET, « Les accommodements raisonnables de la médiation pénale », *RSC*, 2009, p. 985.

<sup>103</sup> SALAS, *Du procès pénal*, collection Quadrige, PUF, 2010, p. 147.



## **REFLEXION SUR UNE INFRACTION INTERNATIONALE : LA TRAITE DES PERSONNES**

**Bréhima Kaména,  
maître de conférences agrégé à l'Université des sciences  
juridiques et politiques de Bamako**

L'affaire Hissène Habré jugée au Sénégal, fut « une affaire importante de mise en œuvre (ou de non mise en œuvre) par un Etat du droit international pénal ». <sup>1</sup> Dans tous les cas, les décisions prises par les juges sénégalais ont suscité beaucoup de controverses. <sup>2</sup> Le concept même d'« infraction internationale » contient « une antinomie entre le droit pénal, qui renvoie au droit interne d'un État, et le droit international, qui concerne les rapports, non entre l'État et ses ressortissants, mais entre États entre eux ». <sup>3</sup>

En effet, le droit pénal émane du pouvoir souverain d'un État, garant de la sécurité des personnes et de leurs biens dans l'espace national. Le droit international, en revanche, s'appuie plutôt sur des intérêts réciproques des Etats, chacun dépendant de l'autre. Les infractions relevant du droit international concernent généralement plusieurs Etats à la fois. Leur répression a pour but de préserver les intérêts communs de ces États, contrairement au droit pénal (interne) qui vise la défense de l'ordre public et des intérêts nationaux.

Cependant, depuis la seconde guerre mondiale, le droit international essaie de s'imposer au droit pénal. Les causes sont multiples et bien connues : notamment la mondialisation, le renouvellement des formes de criminalité internationale et, corrélativement, l'affirmation de valeurs communes mondiales et la nécessaire lutte contre l'impunité. Toutefois, la « greffe » ne prend que très rarement. Dans la plupart des cas, le droit international se heurte au droit pénal étatiste et légaliste.

---

<sup>1</sup> M. HENZELIN et R. ROBERT, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Bruxelles, Genève, L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002, p. 71.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> E. GOETHALS, « L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international », in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, 3<sup>ème</sup> Congrès de l'AHJUCAF, Cour suprême du Canada, Ottawa, 21-23 juin 2010, p. 115, [www.ahjucaf.org](http://www.ahjucaf.org) (consulté le 21 février 2018).

Ces difficultés sont communes à tous les cas d'intégration au droit national des infractions dites internationales. Ne constitue donc pas une exception la traite des personnes qui est considérée comme la troisième source de profits criminels, après la vente d'armes et le trafic de stupéfiants<sup>4</sup> ; d'où le thème « réflexion sur une infraction internationale : la traite des personnes ».

On distingue deux catégories d'infractions internationales : les infractions internationales par mode d'incrimination et celles qui, en plus d'être internationales par incrimination, sont internationales par nature. La première catégorie résulte toujours d'une source internationale, le plus souvent un traité. C'est le cas des crimes de guerre, des génocides, des crimes contre l'humanité, des crimes d'agression, etc. Quant aux infractions internationales par nature, elles visent à la répression de comportements qui portent atteinte à l'ordre public du droit des gens ou de la société internationale. C'est le cas notamment des crimes de terrorisme, de piraterie internationale, de fabrication de fausses monnaies, de pollution des mers, etc.<sup>5</sup> Ces infractions correspondent aussi à l'infraction transnationale. En effet, aux termes de l'article 3.2. de la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée communément appelée « convention de Palerme »<sup>6</sup>, une infraction est de nature transnationale si : « a) Elle est commise dans plus d'un État ; b) Elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État ; c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État ; ou d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État. ».

La traite des personnes est une infraction internationale correspondant à ces deux acceptions. La traite des personnes est définie par le protocole additionnel à la convention de Palerme visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, communément appelé « protocole de Palerme ».<sup>7</sup> Aux termes de l'article 3 de ce protocole,

---

<sup>4</sup> CNCDH, *La Traite et l'exploitation des êtres humains en France*, « Les Études de la CNCDH », La Documentation française, 2010, p. 82.

<sup>5</sup> Pour une autre classification des infractions internationales, v. H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET (sous dir.), *Droit international pénal*, 2<sup>ème</sup> éd. révisée, A. Pedone, 2018, p. 93 et s.

<sup>6</sup> Résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000.

<sup>7</sup> Le protocole de Palerme a été adopté le 15 novembre 2000 par l'Assemblée générale des Nations unies par la résolution A/RES/55/25. Il a été ratifié par le Mali et est entré en vigueur le 25 décembre 2003. Il complète la convention de Palerme en traitant plus spécifiquement de la traite des personnes.

l'expression traite des personnes désigne « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation ». Le même article dispose en outre que « L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes ». La loi malienne n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées reprend, à quelques mots près, ces définitions, en son article 1<sup>er</sup>.

Le protocole de Palerme constitue aujourd'hui le texte international le plus significatif en matière de lutte contre la traite des êtres humains. En effet, il est le seul texte des Nations unies, à vocation universelle, qui s'attaque explicitement à la traite en tant que telle et appelle les États à prendre en compte le caractère particulier de ce crime, ainsi que la nécessité de la coopération internationale pour lutter contre ce phénomène.

Cependant, le protocole de Palerme n'est pas le premier instrument international à régir et à définir la traite des êtres humains. Il existe aussi la convention de 1926 relative à l'esclavage<sup>8</sup> ; la convention de 1949 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui<sup>9</sup> et la convention de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage<sup>10</sup>.

C'est à partir de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle qu'est apparue progressivement une définition plus générale de la traite dont la rédaction la plus aboutie est celle consacrée par le protocole de Palerme. Toutefois, d'autres conventions sont applicables à la lutte contre la traite des personnes. Il s'agit notamment de la charte internationale des droits de l'homme, de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, des instruments de protection des réfugiés, personnes déplacées et apatrides, des conventions sur la protection des migrants, des conventions relatives à toute forme de

---

<sup>8</sup> Société des nations (SDN), convention relative à l'esclavage, signée le 25 septembre 1926.

<sup>9</sup> Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, approuvée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 317 (IV) du 2 décembre 1949, entrée en vigueur le 25 juillet 1951.

<sup>10</sup> Nations unies, convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956, entrée en vigueur le 30 avril 1957.

discrimination, à la torture et à l'esclavage, des conventions de l'OIT, de la convention relative aux droits de l'enfant et son protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, et la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, dont l'article 6 aborde plus spécifiquement la traite des femmes et l'exploitation de leur prostitution<sup>11</sup>.

On peut citer, en outre, les principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains<sup>12</sup> et les résolutions suivantes de l'Assemblée générale des Nations unies : la résolution 57/176 du 18 décembre 2002, intitulée « Traite des femmes et des filles » ; la résolution 58/137 du 22 décembre 2003, intitulée « Renforcement de la coopération internationale en vue de prévenir et de combattre la traite des personnes et d'en protéger les victimes » ; la résolution 59/156 du 20 décembre 2004, intitulée « Prévenir, combattre et punir le trafic d'organes humains » ; la résolution 59/166 du 20 décembre 2004, intitulée « Traite des femmes et des filles » ; la résolution 61/144 du 19 décembre 2006, intitulée « Traite des femmes et des filles », et la résolution 61/180 du 20 décembre 2006, intitulée « Amélioration de la coordination des efforts déployés pour lutter contre la traite des personnes ».

Il existe aussi des instruments spécifiques au niveau africain tels que le plan d'action Union africaine/Union européenne de Ouagadougou adopté en 2006 sur la lutte contre la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants et le cadre de l'Union africaine sur la migration en Afrique. Par ailleurs, des mesures spécifiques ont été adoptées dans le cadre de la CEDEAO. Ce sont notamment la déclaration de la CEDEAO sur la lutte contre la traite des personnes (2001), l'accord multilatéral de coopération en matière de lutte contre la traite des personnes (2005), les plans d'action de la CEDEAO (depuis 2001) et le plan d'action conjoint CEDEAO/CEEAC visant à lutter contre la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants en Afrique de l'Ouest et du Centre (2006-2009). En outre, plusieurs

---

<sup>11</sup> Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par la résolution 34/180 de l'Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981. L'article 6 dispose que « les États parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour réprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes ».

<sup>12</sup> Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations, texte présenté au Conseil économique et social comme addendum au rapport du haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme (E/2002/68/Add.1), 2002.

Etats de la CEDEAO ont signé des accords de coopération ou d'extradition avec d'autres pays y compris des pays non africains.

Le protocole de Palerme ratifié par la plupart des Etats membres de la CEDEAO dont le Mali<sup>13</sup> préconise entre autres l'incrimination de la traite en droit interne, l'adoption de politiques et programmes pour la prévention de la traite ainsi qu'une coopération interétatique régionale et internationale accrue, au regard du caractère transfrontalier et multiforme du phénomène. Il contient, par ailleurs, des dispositions en faveur de la protection des victimes, à leur statut dans le pays d'accueil et à leur rapatriement éventuel.

Force est, cependant, de constater la persistance du phénomène de la traite des personnes. « On assiste même à une résurgence particulièrement forte de celle-ci avec les récents développements de la migration clandestine vers l'Europe, ainsi que l'instabilité et les conflits dans certains pays (Libye, Tunisie, Egypte, Mali, etc.). En effet, entre 2010 et 2012, des victimes de 152 nationalités différentes ont été recensées dans 124 pays »<sup>14</sup>.

L'Afrique fait partie des continents les plus touchés par le phénomène de la traite des personnes.<sup>15</sup> Récemment, les médias ont fait état de l'existence de marchés d'esclave en Libye. Les témoignages recueillis par l'Organisation internationale de la migration (OIM) auprès de rescapés ressortissants de certains pays d'Afrique de l'Ouest attestent de la réalité de ce phénomène. Certains pays comme la Mauritanie et le Mali sont touchés, en outre, par l'esclavage dit traditionnel.<sup>16</sup> Par exemple, entre 2011 et 2012, des plaintes

---

<sup>13</sup> En plus du protocole de Palerme, le Mali a signé et ratifié les principales conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Il s'agit, notamment, de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, de la convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 et la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956, de la convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957 et du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

<sup>14</sup> CNCDH, *La Traite et l'Exploitation des êtres humains en France*, « Les Études de la CNCDH », rapport précité, p. 92. Sur des aspects spécifiques des migrations, v. N. TANDINA, *Migrations et conflits armés : cas du Mali*, th., UCAD, S. DIOUF (dir.), 2016 ; B. CODOU, *Femme, migration et protection sociale : cas des migrations internes et transfrontalières fillettes au Sénégal et du Mali*, Ed. Caire, 2010.

<sup>15</sup> Sur les différentes manifestations de la traite des personnes et des témoignages de victimes en Afrique de l'Ouest, v. spécialement Ch. A. KANE, *La traite des personnes en Afrique de l'Ouest*, th., UCAD, S. DIOUF (dir.), 2015, p. 10 à 178.

<sup>16</sup> Rapport 2014 du département américain sur l'esclavage au Mali, [http://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali\\_tip\\_fr2014.pdf](http://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali_tip_fr2014.pdf) (consulté le 21 février 2018). V. aussi Rapport 2014 du département américain sur

faites par vingt-deux personnes pour ce phénomène, auprès des tribunaux de Tombouctou, Gao et Ménaka, sont restées sans suite.<sup>17</sup>

La persistance du phénomène de la traite des personnes et des pratiques assimilées explique la difficulté qu'éprouvent les Etats à l'endiguer. Ainsi, la réflexion juridique sur la question n'est pas close. Au contraire, la situation existante appelle à se poser la question suivante : quelle est la portée de l'infraction internationale de traite des personnes au plan national ? Cette question invite, en raison de « l'antinomie » entre le droit international et le droit pénal, à analyser, tout d'abord, l'intégration de l'infraction internationale de traite des personnes au plan national. Elle demande, ensuite et surtout, à s'interroger sur le résultat de cette intégration.

La présente réflexion contribue d'une manière générale au rapprochement entre le droit international et le droit pénal, deux matières qui se situent parfois à l'opposé sur l'échiquier des disciplines juridiques. En effet, chacune de ses deux matières est porteuse d'une philosophie propre qu'il faut parfois concilier. De manière spécifique, l'analyse constitue une contribution à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées.

Sur le plan méthodologique, la réflexion portera spécifiquement sur le Mali, sans toutefois, faire abstraction de certains États voisins et de la situation sous - régionale. L'analyse montrera que l'infraction de traite des personnes est intégrée dans le droit interne (I), mais que sa réception demeure mitigée (II).

### **I. Une infraction intégrée dans le droit interne**

L'intégration du droit international, appelée également incorporation, insertion ou transposition, consiste à faire produire dans un ordre juridique étatique des effets juridiques complets à une norme internationale.<sup>18</sup> Elle vise à faire appliquer la norme internationale de manière réelle, effective, au sein de l'État. Elle devient indispensable lorsque les individus sont concernés par la règle internationale. Cependant, la méthode et le « taux » d'intégration

---

la situation des droits de l'homme au Mali, [https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali\\_fre\\_final\\_2014.pdf](https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali_fre_final_2014.pdf) (consulté le 21 février 2018). Sur la question, v. aussi M. BADJI, B. CAMARA *et alii*, « Captivité et abolition de l'esclavage dans les colonies françaises ouest-africaines », *Nouvelles Annales Africaines*, Ed. Spéc., 2012.

<sup>17</sup> Rapport de présentation du ministère de la Justice du Mali relatif au projet de loi portant répression de l'esclavage et des pratiques assimilées, 2016, inédit.

<sup>18</sup> Sur la question, v. B. TAXIL, *Méthodes d'intégration du droit international en droits internes*, in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, 3<sup>ème</sup> congrès de l'AHJUCAF, Cour suprême du Canada, Ottawa, 21-23 juin 2010, p. 104, [www.ahjucaf.org](http://www.ahjucaf.org) (consulté le 21 février 2018).

diffèrent selon les Etats. L'on montrera, d'abord, que le Mali a opté pour une méthode d'intégration pragmatique (A) et, ensuite, qu'il a fait une intégration quasi-complète (B).

#### ***A. Une méthode d'intégration pragmatique***

Au Mali, nonobstant les dispositions constitutionnelles claires relatives au monisme, la méthode d'intégration choisie est le dualisme (1). Ce choix, cependant, s'avère nécessaire, mais risqué (2).

##### *1. Le choix du dualisme*

Généralement, le droit international n'impose aucune méthode d'intégration aux Etats, la seule exigence étant l'exécution de bonne foi de leurs engagements. Au plan national, la méthode dépend non seulement des choix constitutionnels, mais également de ceux du législateur. Pour les choix constitutionnels, on distingue classiquement les systèmes moniste et dualiste. Dans le système moniste, la méthode d'intégration est celle de l'insertion dite « automatique ». Celle-ci résulte de certaines dispositions constitutionnelles types qui permettent, sous réserve du respect des procédures prévues en la matière, d'intégrer directement les textes internationaux ratifiés dans l'ordre juridique interne et de leur conférer souvent une primauté formelle par rapport aux lois. C'est le cas au Mali, où la Constitution prévoit en son article 116 que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie. ».

Dans le système dualiste, en revanche, les Constitutions mentionnent généralement que les traités entrent en vigueur par le biais d'un acte législatif ou réglementaire, sans préciser généralement quel est l'objet et le contenu de la règle interne. Ainsi, la ratification ne suffit pas. Il faut, en outre, pour la validité interne du traité, l'intervention du pouvoir législatif. Celui-ci reprend, généralement, le texte international par une loi. Cette reprise peut intervenir par l'un des deux procédés suivants. Le premier, le plus simple, consiste à voter une loi qui renvoie au texte international et le déclare applicable, ledit texte étant alors reproduit en annexe de la loi. Le second procédé, en revanche, consiste à reprendre dans la loi la substance normative du texte international, en tout ou en partie.

Toutefois, certains Etats pratiquent le système dualiste sans que leur Constitution ne le leur impose. Dans ce cas, la valeur hiérarchique conférée aux textes internationaux intégrés est celle d'un acte interne de réception, le plus souvent une loi. C'est le cas, par exemple, du Mali. En effet, en lieu et place de l'approbation, le législateur malien a repris le texte du protocole de Palerme dans la loi malienne n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte

contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, en y intégrant des dispositions supplémentaires. Cette loi régit, en outre, les pratiques assimilées comme l'exploitation organisée de la mendicité d'autrui et le trafic illicite des migrants. En outre, à l'instar de celles du protocole de Palerme, des dispositions de la convention de Palerme ont été aussi intégrées dans le droit malien. Il s'agit, par exemple, de celle relative à la définition de l'infraction transnationale<sup>19</sup> qui a été intégrée dans le Code de procédure pénale malien par la loi n° 2013-016 du 21 mai 2013.<sup>20</sup>

Par ailleurs, le statut de Rome prévoit aussi des infractions relatives à la traite des personnes<sup>21</sup> parmi les infractions de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre.<sup>22</sup> Ces infractions ont été intégrées au Code pénal malien, en ses articles 29, 31.19 et 31.27<sup>23</sup>. Si une telle intégration est imposée dans le système dualiste, elle relève d'un choix délibéré dans le système moniste et manifeste ainsi la volonté de préserver la souveraineté nationale.

Pourtant, la même volonté est affichée par la convention de Palerme. Celle-ci précise en son article 11.6 qu'aucune de ses dispositions ne porte atteinte au principe selon lequel la définition des infractions et des moyens juridiques de défense applicables ainsi que d'autres principes juridiques régissant la légalité des incriminations relèvent exclusivement du droit interne de chaque État Partie. De plus, la convention de Palerme prévoit, en son article 4.1, que « Les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. ». L'on sait que les dispositions de la convention de Palerme s'appliquent *mutatis mutandis* au protocole du même nom, sauf disposition contraire de celui-ci.<sup>24</sup>

Au-delà de ces raisons juridiques, le dualisme constitue souvent, sur le plan pratique, un choix nécessaire, mais risqué.

---

<sup>19</sup> Convention de Palerme, article 3.2.

<sup>20</sup> Loi n° 2013-016 du 21 mai 2013 portant modification de la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale en République du Mali.

<sup>21</sup> Statut de Rome, articles 7.1 et 7.2. V. aussi articles 8.2.b.xxii et 8.2.e.VI spécifiques à l'esclavage sexuel et à la prostitution forcée.

<sup>22</sup> Sur la CPI, v. J.-P. BAZELAIRE et Th. CRETIN, *La justice pénale internationale*, PUF, 2000 ; M. DELMAS-MARTY *et alii*, *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising Criminal Law, Société de législation comparée*, Paris, 2008.

<sup>23</sup> Loi n° 01-079 du 20 août 2001 portant Code pénal en République du Mali.

<sup>24</sup> Protocole de Palerme, article 1.2.

*2. Un choix nécessaire, mais risqué*

Dans tous les cas de figure, la reprise des textes internationaux a un intérêt pratique évident. En effet, « si l'évolution générale est en faveur d'une plus grande reconnaissance de l'effet direct du droit international (sans présomption en ce sens, cependant), les résistances judiciaires sont encore très fortes : le juge peut refuser de se considérer compétent pour connaître de la norme internationale (comme souvent en matière pénale). »<sup>25</sup> Les exemples sont légion notamment en droits de l'homme et en droit humanitaire. Dans l'affaire Hissène Habré, « à défaut d'incorporation du crime contre l'humanité dans la législation sénégalaise au moment du jugement, et du crime de torture au moment des faits, et à défaut d'intégration du principe de la compétence universelle pour ces infractions dans le code de procédure pénale sénégalais, la chambre d'accusation pouvait encore appliquer directement la convention contre la torture, ce que les parties civiles n'ont pas manqué de plaider. »<sup>26</sup> Cependant, le raisonnement du juge sénégalais consistait à soutenir « que le législateur sénégalais devrait parallèlement à la réforme entreprise dans le Code pénal apporter des modifications à l'article 669 du Code de procédure pénale en y incluant l'incrimination de torture, qu'en le faisant il se mettrait en harmonie avec les objectifs de la convention et reconnaîtrait par conséquent le principe de la compétence universelle ». <sup>27</sup> La chambre d'accusation ajoutait que, dans le cas du droit pénal, l'incorporation dans la législation nationale était un impératif catégorique.<sup>28</sup> Pourtant, comme celle du Mali, la Constitution sénégalaise est claire en la matière. Elle prévoit en son article 98 que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ».

Ainsi, même si elle semble trahir la volonté de préserver la souveraineté nationale, l'intégration par la reprise du texte international contribue à garantir la mise en œuvre de l'infraction internationale dans la pratique. Toutefois, en dépit de cet intérêt évident, l'intégration par la reprise des textes internationaux comporte parfois quelques risques en raison de la liberté d'adaptation que peut s'offrir le législateur national. L'intégrité des traités n'est pas respectée, ni dans la lettre, ni dans l'esprit. Une telle situation résulte souvent de l'opportunisme politique, spécialement lorsqu'un traité porte sur un domaine politique sensible pour la souveraineté nationale ou heurte les traditions et principes internes.

---

<sup>25</sup> B. TAXIL, Communication précitée, p. 115.

<sup>26</sup> M. HENZELIN et R. ROBERT, ouvrage précité, p. 109.

<sup>27</sup> Cité par M. HENZELIN et R. ROBERT, *Idem*.

<sup>28</sup> Cité par M. HENZELIN et R. ROBERT, *Idem*.

L'unification serait alors le seul processus d'intégration parfaite dans la mesure où il n'y a pas de notion de marge d'appréciation ni d'exclusion des différences. C'est l'approche adoptée au niveau de l'UEMOA à travers des lois uniformes qui sont néanmoins adoptées formellement par le législateur de chaque Etat membre.<sup>29</sup> Ce processus, cependant, est particulièrement difficile à mettre en œuvre.

C'est certainement la raison pour laquelle l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a adopté une approche mixte en matière pénale : les actes uniformes prévoyant des incriminations directement applicables, d'un côté, et les lois nationales fixant les peines correspondantes, de l'autre. Cette dualité qui entraîne l'éclatement de l'élément légal de l'infraction s'explique à la fois par le souci d'efficacité et celui de protéger la souveraineté des États parties.<sup>30</sup> Cependant, suite au constat des insuffisances dans les textes nationaux et de la nécessité d'harmoniser ces derniers, le secrétariat permanent de l'OHADA a proposé aux Etats une loi-modèle. Au Mali, l'adoption du projet de loi portant

---

<sup>29</sup> Cf., par exemple, loi uniforme relative aux instruments de paiement : chèque, carte de paiement et de retrait, lettre de change et billet à ordre, approuvée par le Conseil des ministres de l'UMOA le 29 septembre 1995 à Bamako et loi uniforme relative à la répression des infractions en matière de chèques, de carte bancaire et d'autres instruments et procédés électroniques de paiement approuvée par le Conseil des ministres de l'UMOA (éd. 2011).

<sup>30</sup> Sur l'approche adoptée par l'OHADA, en général, et sur l'opportunité et les risques de reprendre les incriminations dans les textes nationaux, en particulier, v. notamment B. KAMÉNA, « Mali : adoption du projet de loi portant répression des infractions prévues par les actes uniformes de l'OHADA », *Actualités du droit*, Wolters Kluwer, 8 septembre 2017, p. 1, <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/droits-nationaux/8659/mali-adoption-du-projet-de-loi-portant-repression-des-infractions-prevues-par-les-actes-uniformes-de-l-ohada> (consulté le 15 février 2018) ; F. ANOUKAHA *et alii*, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 237 ; E. KITIO, « Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle*, n° 2, mars 2013, p. 13 ; K. M. KOUADIO, « La répression des infractions issues de l'AUSC-GIE dans les pays membres de l'OHADA, talon d'Achille de l'OHADA », *Revue de droit des affaires en Afrique (RDAA)*, nov. 2015 ; H. M. MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des États membres de l'OHADA : une solution-problème à l'intégration juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique professionnelle*, n° 3, sept. 2013, p. 13 ; H. TCHANTCHOU et M. AKOUETE AKUE, « L'Etat de droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° spécial, nov./déc. 2011, p. 25 ; K. E. YAO, « OHADA. Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 3, 2011, p. 661.

répression des infractions prévues par les actes uniformes de l'OHADA procède de la mise en œuvre de cette loi-modèle.<sup>31</sup>

La reprise des textes internationaux ne suffit pas toujours. Il est souvent nécessaire d'adopter des mesures d'exécution prévues par ceux-ci afin d'assurer une intégration quasi-complète.

### ***B. Une intégration quasi-complète***

Par mesures d'exécution il y a lieu d'entendre « des interventions législatives, réglementaires ou administratives destinées à donner concrètement effet à la règle internationale et non des interventions dont le seul objet est d'"introduire" celle-ci dans l'ordre interne de l'autorité saisie, conformément aux exigences propres de son droit constitutionnel ». <sup>32</sup> C'est le cas lorsque le texte international renvoie à des mesures d'exécution nationales. En matière de traite des personnes, celles-ci concernent aussi bien le droit substantiel (1) que le droit processuel (2).

#### *1. En droit substantiel*

Le protocole de Palerme prévoit, en son article 5, que « chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale » aux actes énoncés à son article 3, lorsqu'ils ont été commis intentionnellement et, sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique, en cas de tentative et de complicité. La loi malienne relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées met en œuvre cette disposition en ses articles 7 à 9. Quant à la tentative et la complicité, elles étaient déjà prévues par le Code pénal.

De la même manière, certaines infractions relatives à la traite des personnes étaient déjà prévues par le Code pénal, en ses articles 242 et 243, sous les appellations « traite », « gage » et « servitude », suite à la signature par le Mali d'autres conventions.<sup>33</sup> En outre, la traite des enfants prévue à

---

<sup>31</sup> B. KAMENA, article précité, p. 1.

<sup>32</sup> J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Revue Belge de Droit International*, 1980-2, p. 243, cité par B. TAXIL, communication précitée, p. 110.

<sup>33</sup> Il s'agit, notamment, de la convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 ; la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956 ; la convention sur l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957 ; le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, dont l'article 6 aborde plus spécifiquement la traite des femmes et l'exploitation de leur prostitution ;

l'alinéa c de l'article 3 du protocole de Palerme<sup>34</sup> avait été déjà prévue par le Code pénal en son article 244, suite à la ratification par le Mali des textes internationaux en la matière.<sup>35</sup> Cet article dispose, en effet : « Le trafic d'enfant est l'ensemble du processus par lequel un enfant est déplacé, à l'intérieur ou à l'extérieur d'un pays dans les conditions qui le transforment en valeur marchande pour l'une au moins des personnes en présence, et quelle que soit la finalité du déplacement de l'enfant : - tout acte comportant le recrutement, le transport, le recel ou la vérité (sic) d'enfant ; - tout acte qui entraîne le déplacement de l'enfant à l'intérieur ou à l'extérieur d'un pays. Sera punie de la réclusion de cinq à vingt ans toute personne convaincue de trafic d'enfant. » On comprend alors que la loi malienne relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées ignore la spécificité relative aux enfants.

A l'instar du protocole de Palerme, la convention de Palerme prévoit elle-même des obligations à la charge des États membres. En droit substantiel, il s'agit notamment de l'obligation d'incriminer la participation à un groupe criminel organisé, le blanchiment d'argent, la corruption et l'entrave à la justice. Chacune de ces infractions peut directement ou indirectement être liée à la traite des personnes. Leurs mesures d'exécution au plan national contribuent aussi à la lutte contre la traite des personnes. A cet égard, on peut citer, par exemple, la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, approuvée par le Conseil des ministres des Etats membres de l'UEMOA le 20 mars 2003<sup>36</sup> et plus récemment la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'UEMOA approuvée par le même Conseil des

---

la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et d'autres textes africains.

<sup>34</sup> L'article 3 du protocole de Palerme dispose que « Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil d'un enfant aux fins d'exploitation sont considérés comme une "traite des personnes" même s'ils ne font appel à aucun des moyens énoncés à l'alinéa a) du présent article ».

<sup>35</sup> On peut citer notamment la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989 et son protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 54/263 (annexe II) du 25 mai 2000. Sur ces textes, v. G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des parties*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 12.

<sup>36</sup> Cette loi est une transposition de la directive n° 07/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA, adoptée par le Conseil des ministres de l'UEMOA.

ministres le 2 juillet 2015.<sup>37</sup> Cette dernière loi uniforme, qui abroge la première, institue un cadre juridique permettant de prévenir l'utilisation des circuits économiques et financiers à des fins de recyclage de capitaux d'origine illicite.

Par ailleurs, des mesures d'exécution résultent d'autres textes internationaux. Ainsi, suite à l'intégration, en ses articles 29 et 31, des infractions de crime contre l'humanité et de crime de guerre en rapport avec la traite des personnes, la réduction en esclavage, l'esclavage sexuel et la prostitution forcée prévues par le statut de Rome, le Code pénal malien prévoit, en son article 32, alinéa 1<sup>er</sup>, comme mesure d'exécution, la peine de mort.

Des mesures d'exécution ont été adoptées aussi en droit processuel.

## *2. En droit processuel*

En matière processuelle, le protocole de Palerme met à la charge des Etats l'adoption des mesures d'exécution visant la protection des victimes de la traite des personnes. Ces mesures concernent, d'abord, la protection de la vie privée et de l'identité des victimes, la fourniture d'informations sur les procédures judiciaires et administratives, l'assistance, le rétablissement physique, psychologique et social des victimes, le logement, l'assistance médicale, la sécurité physique, la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice subi et la prise en compte de l'âge, du sexe et des besoins spécifiques des victimes, en particulier des besoins spécifiques des enfants.<sup>38</sup> Ces mesures concernent aussi la possibilité pour les victimes de rester sur le territoire national, à titre temporaire ou permanent à leur demande<sup>39</sup> et la possibilité de leur rapatriement<sup>40</sup>. Au Mali, certaines de ces mesures sont prévues aussi par la loi relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, spécialement en ses articles 22 à 25.

Le protocole de Palerme prévoit, en outre, en ses articles 9 à 13, que les Etats mettent en œuvre des mesures de prévention, de coopération et d'autres mesures comme l'échange d'informations, les mesures aux frontières, la sécurité et le contrôle des documents, etc. Ces mesures d'exécution ont été mises œuvre par des accords de coopération et de lutte contre la traite transfrontalière des personnes. Il s'agit, d'abord, de l'accord multilatéral de

---

<sup>37</sup> Cette loi est une transposition de la directive n° 02/CM/UEMOA du 2 juillet 2015 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'UEMOA. Elle abroge la loi uniforme du 20 mars 2003 (précitée).

<sup>38</sup> Protocole de Palerme, article 6.

<sup>39</sup> Protocole de Palerme, article 7.

<sup>40</sup> Protocole de Palerme, article 8.

coopération en matière de lutte contre la traite des enfants en Afrique de l'Ouest, signé le 27 juillet 2005 à Abidjan ; ensuite, de l'accord multilatéral de coopération régionale de lutte contre la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants en Afrique de l'Ouest et du Centre, signé en 2006 à Abuja et, enfin, de quatre accords bilatéraux de lutte contre le trafic transfrontalier des enfants, avec la Côte d'Ivoire, le Burkina-Faso, le Sénégal et la Guinée. Ces accords complètent ceux déjà signés par le Mali aux niveaux sous-régional et international comme celui relatif à l'Interpol.<sup>41</sup>

En droit processuel, la convention de Palerme met aussi à la charge des Etats de nombreuses obligations. Elles concernent notamment les poursuites judiciaires, le jugement, la confiscation, la saisie, la compétence, l'extradition, le transfert des personnes condamnées, l'entraide judiciaire, les enquêtes conjointes, le transfert des procédures pénales et l'établissement des antécédents judiciaires. Certaines de ces obligations sont prises en compte par la loi n° 2013-016 du 21 mai 2013 portant modification de la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale en République du Mali. Les nouvelles dispositions portent notamment sur la poursuite des crimes et délits commis à l'étranger<sup>42</sup> ; les enquêtes relatives aux crimes et délits flagrants<sup>43</sup>, et la poursuite, l'instruction et le jugement notamment en matière de crimes transnationaux organisés.<sup>44</sup>

Par ailleurs, suite à la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant et de son protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, le Mali et la Côte d'Ivoire ont signé un mémorandum d'accord. Celui-ci fixe les domaines de coopération transfrontalière dans la lutte contre la traite d'enfants, parmi lesquels le rapatriement des enfants victimes d'une traite, la détection et la surveillance des réseaux de traite d'enfants.

Enfin, le protocole supplémentaire<sup>45</sup> portant modification du protocole relatif à la Cour de justice de la CEDEAO<sup>46</sup> constitue une mesure d'exécution de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En effet, créée pour résoudre des litiges nés de l'application et de l'interprétation des textes

---

<sup>41</sup> Interpol ou Organisation internationale de police criminelle (OIPC) est une organisation internationale créée le 7 septembre 1923 dans le but de promouvoir la coopération policière internationale. L'un de ses domaines d'action prioritaires est la lutte contre la traite des personnes.

<sup>42</sup> Code de procédure pénale, article 24 nouveau.

<sup>43</sup> Code de procédure pénale, articles 71 et 76 nouveaux.

<sup>44</sup> Code de procédure pénale, articles 609, 609-1, 610, 610-1, 610-2, 611, 611-1, 612 et 612-1 nouveaux.

<sup>45</sup> Protocole supplémentaire A/SP 01/01/05.

<sup>46</sup> Protocole A/P 01/07/91.

de la CEDEAO, cette Cour de justice est habilitée depuis 2005 par ce protocole supplémentaire à connaître des cas de violation des droits fondamentaux de la personne consacrés par ladite charte. A cet égard, celle-ci dispose, en son article 5 : « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'aviilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites. ». La protection au niveau africain est assurée principalement par les dispositions relatives aux droits de l'homme.<sup>47</sup>

Ainsi, l'infraction internationale de traite des personnes fait l'objet d'une intégration quasi-complète. Cependant, le résultat demeure mitigé.

## II. Une réception mitigée de l'infraction

Le droit relatif à la traite des personnes comporte non seulement des avancées notables (*A*), mais aussi des insuffisances certaines (*B*).

### A. Les avancées notables

L'on constate plusieurs avancées notables. Ce sont d'une part, des textes plus adaptés (*1*) et d'autre part, un début d'effectivité (*2*).

#### 1. Des textes plus adaptés

Un des avantages de la reprise par les textes nationaux d'une infraction internationale est de permettre au législateur national de prendre en compte les spécificités nationales. C'est ce qu'a fait le législateur malien en tenant compte des pratiques dites assimilées. La loi malienne n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées les définit, en son article 2, comme « l'exploitation organisée de la mendicité d'autrui et le trafic illicite des migrants ».

Par ailleurs, le législateur tient compte des spécificités de l'infraction internationale de traite des personnes en matière procédurale et adapte les textes en conséquence. A cet égard, la loi malienne n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées prévoit des dérogations en matière de recherche, de constatation et de jugement des personnes poursuivies. Ainsi, elle prévoit la possibilité d'effectuer, par dérogation aux règles mentionnées dans le Code de procédure pénale les visites, perquisitions, et saisies, à toute heure du jour et de la nuit. La preuve peut en être faite par tous les moyens, y compris les

---

<sup>47</sup> V. aussi en ce sens L. TOSUN, *La traite des êtres humains : étude normative*, Th., Université Grenoble Alpes, J. TERCINET (dir.), 2011, p. 287.

enregistrements audio, vidéo ou tout moyen électronique de conservation de données<sup>48</sup>. En outre, la loi relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées prévoit la possibilité de poursuivre et de juger d'après les lois maliennes toute personne qui s'est, sur le territoire du Mali, rendu coupable, soit comme auteur soit comme complice d'un crime ou délit visé par elle et commis à l'étranger<sup>49</sup>. De même, elle permet de poursuivre et de juger tout étranger qui, hors du territoire malien, s'est rendu coupable soit comme auteur soit comme complice des infractions visées par elle, lorsque la victime de ces infractions est de nationalité malienne<sup>50</sup>. Les donneurs d'alerte sont protégés aussi par la loi<sup>51</sup>. La loi relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées protège également les victimes et les témoins, notamment par le jugement en huit clos, la dispense de comparution à l'audience ou des mesures utiles à la protection de leur identité et de leur vie privée<sup>52</sup>.

La loi n° 2013-016 du 21 mai 2013 portant modification de la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale en République du Mali prévoit aussi des règles plus adaptées en matière procédurale, spécifiquement en matière d'infractions terroristes ou de crime transnational organisé. Ses dispositions sont donc applicables à la traite des personnes dans tous les cas où celle-ci a un caractère transnational. Il s'agit de certaines dérogations déjà prévues par la loi relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées comme celles relatives à la poursuite des étrangers<sup>53</sup>, aux perquisitions et aux saisies<sup>54</sup>. La loi du 21 mai 2013 autorise aussi la possibilité, dans certaines circonstances et sous réserve de respecter certaines formalités, d'intercepter les communications

---

<sup>48</sup> Loi n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, article 15.

<sup>49</sup> Loi n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, article 16.

<sup>50</sup> Loi n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, article 17.

<sup>51</sup> Loi n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, article 21.

<sup>52</sup> Loi n° 2012-023 du 12 juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, articles 22 à 25. Sur l'importance de la protection des victimes, v. E. KATIMAN, *La traite des êtres humains en tant que violation du droit international des droits de l'homme*, Th., Université de Strasbourg, S. KARAGIANNIS (dir.), 2012 ; B. LAVAUD-LEGENDRE, « Regards jurisprudentiels sur le retour au Nigeria des femmes sexuellement exploitées en Europe », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Centre de Recherches Juridiques de Grenoble, 2017, <hal-01577913>.

<sup>53</sup> Code de procédure pénale, article 24 (nouveau).

<sup>54</sup> Code de procédure pénale, article 71, alinéa 2 (nouveau).

téléphoniques, les messages électroniques et autres courriers des suspects ou de toute autre personne en rapport avec eux.<sup>55</sup> Elle institue aussi plusieurs pôles économiques et financiers<sup>56</sup> et un pôle judiciaire spécialisé<sup>57</sup> dotés chacun notamment de cabinets d'instruction spécialisés et d'une brigade d'investigation spécialisée pour la poursuite et l'instruction des infractions. La compétence territoriale du parquet et des cabinets spécialisés couvre l'ensemble du ressort de la cour d'appel de leur siège.<sup>58</sup> La procédure dérogatoire vise nécessairement à renforcer les pouvoirs d'investigation. Elle peut être efficace à condition d'en respecter les limites et les conditions qui visent à garantir les droits de l'homme.

A titre comparatif, la loi mauritanienne n° 2015-031 portant incrimination de l'esclavage et réprimant les pratiques esclavagistes va plus loin dans les dérogations au droit commun de la procédure.<sup>59</sup> Toutefois, dans ce pays, certains rapports dénoncent l'insuffisance d'application de cette loi.<sup>60</sup> Pourtant, on assiste déjà à un début d'effectivité des textes dans la sous-région, en général, et au Mali, en particulier.

## 2. Un début d'effectivité

Au niveau national, le Pôle judiciaire spécialisé institué par la loi précitée n° 2013-016 du 21 mai 2013 est fonctionnel depuis janvier 2015. Il est composé d'un parquet spécialisé comprenant un procureur de la République et trois substituts et de six cabinets d'instruction spécialisés comprenant six juges d'instruction, et une brigade d'investigations spécialisée dotée d'une cinquantaine d'enquêteurs composés de gendarmes et de policiers. Plusieurs enquêtes y sont en cours. En avril 2018, elles concernaient notamment trois réseaux de prostitution au Mali de femmes originaires du Nigeria, un réseau de trafic illicite de migrants congolais et un réseau de traite des aides-ménagères entre le Mali et le Koweït. D'autres dossiers avaient été déjà

---

<sup>55</sup> Code de procédure pénale, article 71, alinéa 3 (nouveau).

<sup>56</sup> Code de procédure pénale, article 610 (nouveau).

<sup>57</sup> Code de procédure pénale, article 610-1 (nouveau).

<sup>58</sup> Code de procédure pénale, article 611 (nouveau).

<sup>59</sup> Il s'agit, par exemple, de la possibilité pour les associations remplissant certains critères de porter plainte et d'exercer les droits reconnus à la partie civile. La loi n° 2015-031 portant incrimination de l'esclavage et réprimant les pratiques esclavagistes abroge et remplace la loi n° 2007-048 portant incrimination de l'esclavage et des pratiques esclavagistes. Cette dernière prévoyait aussi des dérogations au droit commun de la procédure pénale en son article 15.

<sup>60</sup> V. spécialement « Rapport 2016 du département américain sur l'esclavage en Mauritanie » (<https://mr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/204/2017/08/MAURITANIA-TIP-2016-FRE-FINAL.pdf> - consulté le 8 mars 2018).

transmis aux assises. Ils concernaient notamment la traite de femmes nigérianes au Mali et le trafic illicite de migrants entre le Mali et des pays occidentaux. Par ailleurs, le processus d'implantation des antennes régionales du Pôle judiciaire spécialisé avaient été entamé grâce à une première mission effectuée dans la région de Mopti.<sup>61</sup>

Au niveau de la chambre d'accusation et de la Cour d'assises de Bamako, quelques affaires de traite des personnes ont été connues en 2017 et pendant le premier trimestre de 2018. Parmi les quatre dossiers auxquels nous avons pu avoir accès, le premier a fait l'objet d'un acquittement, le second d'un non-lieu, le troisième et le quatrième ont fait l'objet d'un enrôlement pour les prochaines sessions de la Cour d'assises.<sup>62</sup> Au niveau sous-régional, des accords de coopération connaissent déjà un début d'effectivité. Parmi les actions déjà réalisées, on peut citer l'Opération Akoma qui a permis en 2015 de secourir plus de 75 enfants âgés de cinq à seize ans et d'arrêter 25 personnes pour trafic et exploitation d'enfants en Afrique de l'Ouest, axées sur les secteurs agricole et commercial. Il s'agit aussi l'Opération Nawa qui s'est déroulée en 2014 et qui a permis à la police ivoirienne de secourir 76 enfants victimes d'un trafic depuis d'autres pays d'Afrique de l'Ouest à des fins de travail illégal dans des plantations de cacao et des mines d'or clandestines. Cette opération a, en outre, mené à l'arrestation et à la condamnation de huit trafiquants.<sup>63</sup> Auparavant, sept présumés trafiquants ressortissants nigériens avaient été interpellés en collaboration avec l'Agence nationale pour l'interdiction de la traite d'êtres humains du gouvernement nigérian. Dans l'une de ces affaires, les autorités ont collaboré avec le gouvernement nigérian pour le rapatriement de 22 jeunes Nigérianes victimes de la traite en vue de l'exploitation sexuelle.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> B. KAMENA, « Entretien avec des juges d'instruction du Pôle judiciaire spécialisé, Bamako », le 18 avril 2018, inédit.

<sup>62</sup> Cf. Archives de la Cour d'appel de Bamako, consultées le 26 avril 2018.

<sup>63</sup> Interpol, « La traite d'êtres humains », Fiche pratique, COM/FS/2017-02/THB-02, p. 2 et 3,

[https://www.interpol.int/content/download/796/453591/version/35/file/13\\_THB-02\\_02\\_2017\\_FR\\_web.pdf](https://www.interpol.int/content/download/796/453591/version/35/file/13_THB-02_02_2017_FR_web.pdf) (consulté le 8 mars 2018) ; v. aussi Interpol, « Le trafic de migrants », Fiche pratique, COM/FS/2017-02/THB-01, [https://www.interpol.int/content/download/795/453585/version/33/file/12\\_THB-01\\_02\\_2017\\_FR\\_web.pdf](https://www.interpol.int/content/download/795/453585/version/33/file/12_THB-01_02_2017_FR_web.pdf) (consulté le 8 mars 2018) ; Interpol, Rapport annuel 2016, p. 16, [https://www.interpol.int/content/download/35945/465537/version/4/file/006-Annual%20report%202016\\_FR\\_web.pdf](https://www.interpol.int/content/download/35945/465537/version/4/file/006-Annual%20report%202016_FR_web.pdf) (consulté le 8 mars 2018).

<sup>64</sup> [https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali\\_tip\\_fr%202013.pdf](https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali_tip_fr%202013.pdf) (consulté le 15 avril 2018).

La collaboration judiciaire sous-régionale est jugée très satisfaisante par des magistrats du Pôle judiciaire spécialisé du Mali. Cette effectivité résulte, selon eux, de l'opérationnalisation des réseaux judiciaires comme le réseau des procureurs spécialisés dans la lutte contre la criminalité organisée (REFCO), le réseau des autorités centrales et des procureurs d'Afrique de l'Ouest contre la criminalité organisée (WACAP) et la Plateforme Sahel. Cette dernière regroupe le Burkina Faso, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Tchad.<sup>65</sup> Par ailleurs, l'habilitation depuis 2005 de la Cour de justice de la CEDEAO à connaître des cas de violation des droits fondamentaux de la personne consacrés par la charte africaine des droits de l'homme et des peuples connaît aussi un début d'effectivité. L'affaire d'esclavage opposant Mme Hadijatou Mani Koraou à la République du Niger en est une parfaite illustration.<sup>66</sup> Dans cette affaire, la requérante, Dame Hadijatou Mani Koraou, de nationalité nigérienne, mais née de parents considérés comme esclaves, a été vendue et tenue en esclavage en vertu d'une pratique ancestrale bien ancrée au Niger. Après une longue procédure au Niger, Dame Hadijatou saisit la Cour de justice de la CEDEAO, le 14 septembre 2007, contre le Niger. Elle se plaignait notamment d'avoir été tenue en esclavage en violation de l'article 5 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et réclama au Niger, au titre des dommages et intérêts, le paiement de cinquante millions de francs CFA. Après plusieurs mois de procédure, dont des audiences publiques à Niamey du 7 au 11 avril 2008, la Cour de justice a rendu son arrêt le 27 octobre 2008. Elle réfuta toutes les exceptions soulevées par le Niger et tous ses moyens relatifs à l'esclavage et alloua à Dame Hadijatou des dommages et intérêts forfaitaires de dix millions de francs CFA. La Cour releva que « la mise hors la loi de l'esclavage est une obligation *erga omnes* qui s'impose à tous les organes de l'État [et que] le juge national saisi d'une affaire relative à l'état des personnes [...] doit lorsque l'affaire laisse apparaître un fait de servitude, soulever d'office ce cas de servitude et entamer la procédure de répression ». Cette solution constitua un pas important. Cependant, elle n'a pas eu en réalité d'autres suites, certainement en raison des insuffisances certaines qui persistent.

---

<sup>65</sup> B. KAMENA, « Entretien avec des juges d'instruction du Pôle judiciaire spécialisé », précité.

<sup>66</sup> Y. HAMULI KABUMBA, « La répression internationale de l'esclavage : Les leçons de l'arrêt de la Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest dans l'affaire Hadijatou mani Koraou c. Niger (27 octobre 2008) », *Revue québécoise de droit international*, (2008) 21.2, p. 25.

### ***B. Des insuffisances certaines***

Les raisons du manque de performance dans la lutte contre la traite des personnes sont variées.<sup>67</sup> Cependant, on constate, d'une part, des insuffisances liées aux textes juridiques (1) et, d'autre part, des insuffisances liées à la coutume (2).

#### *1. Des insuffisances liées aux textes*

Ce sont, tout d'abord, les erreurs matérielles. L'article 244 du Code pénal malien est illustratif à cet égard. Dans cette disposition, le terme « vérité » est employé par erreur à la place du terme « vente ». L'on constate, en outre, des omissions dans la législation nationale. En effet, en intégrant les crimes de guerre, l'article 31 du Code pénal omet une partie de l'article 8.2.b et une partie de l'article 8.2.e du statut de Rome précité. On relève aussi des contradictions. Ainsi, s'agissant de la possibilité de prolonger le délai de la garde à vue, pour les mêmes infractions commises dans les mêmes circonstances, le Code de procédure pénale prévoit en son article 7, alinéa 2, trois fois et, en son article 76, alinéa 3, deux fois. Au-delà de ces insuffisances de forme, le principal reproche porte sur le fond.

En effet, certains textes comportent parfois une terminologie peu claire. Il en est ainsi de la définition de la traite des personnes issue de l'article 3.a du protocole de Palerme. Pour ce qui est de l'action de « recruter », doit-on considérer qu'elle implique l'accord de la personne concernée, voire, le cas échéant, la rémunération de celle-ci ?<sup>68</sup> On peut noter aussi des redondances dans la définition de la traite des personnes. C'est le cas, par exemple, des notions de « transfert » et d'« accueil » avec celles de « transport » et d'« hébergement »<sup>69</sup>. Or le verbe « transférer » englobe notamment l'action

---

<sup>67</sup> Sur les facteurs externes comme le contexte de mobilité, de porosité des frontières et de liberté de circulation des personnes garantie par les instruments régionaux et internationaux et la mondialisation des moyens de communication modernes, v. S. NIASS, *La traite des personnes en Afrique de l'Ouest : analyse du cadre juridique et politique de la protection des victimes*, Etude réalisée par l'UNOWA en collaboration avec le HCDH BRAO, [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/Dakar\\_Saddikh\\_Niass\\_fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/Dakar_Saddikh_Niass_fr.pdf) (consulté le 19 février 2018).

<sup>68</sup> A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, n° 338, p. 221 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 535, p. 270 ; CNCDDH, *La Traite et l'Exploitation des êtres humains en France*, « Les Études de la CNCDDH », précité, p. 62.

<sup>69</sup> V. en ce sens notamment J. AMAR, *Traite des êtres humains*, JCP, fasc. n° 20, parag. 20-21 ; B. BOURGEOIS, « Les infractions pénales réprimant le phénomène de traite des êtres humains à des fins d'exploitation par le travail », *AJP*, 2012, p. 205 ;

de transporter et réciproquement. En outre, selon plusieurs auteurs, l'élément moral de l'infraction de traite des personnes doit être mieux défini.<sup>70</sup>

De la même manière, les textes nationaux ne prennent pas en compte toutes les spécificités de l'esclavage traditionnel. L'esclavage en tant que tel n'est pas défini. Les phénomènes précités de « traite », « gage » et « servitude » prévus par le Code pénal sont envisagés comme des « conventions ». Ce qui renvoie à la traite des esclaves et ne tient pas compte de toutes les manifestations du phénomène d'esclavage traditionnel. Contrairement au Mali, le Niger<sup>71</sup> et la Mauritanie<sup>72</sup> ont tenu compte de ces spécificités.

Les textes maliens ne prévoient pas non plus, contrairement à ceux du Niger<sup>73</sup> et de la Mauritanie<sup>74</sup>, la possibilité pour les associations remplissant certains critères de porter plainte et d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Or la saisine par les victimes elles-mêmes n'est pas aisée à mettre en œuvre car la traite des personnes ou l'esclavage traditionnel, du fait qu'il implique la domination sur la victime, prive ce dernier de la liberté de mouvement. En outre, la crainte des représailles dissuadera la victime de saisir les juridictions compétentes.

Les textes ne sont pas adaptés non plus en ce qui concerne la durée maximum de la garde à vue. Même si l'on s'en tient à la prorogation du délai initial trois fois<sup>75</sup>, soit une durée totale de huit jours, la durée légale reste insuffisante. En effet, dans un pays vaste et à moitié désertique comme le Mali, les délais pour l'acheminement des prévenus dépassent parfois une semaine.<sup>76</sup> Par ailleurs, en ce qui concerne la compétence judiciaire, c'est la

---

A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, ouvrage précité, p. 221, n° 338 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 492, n° 439 ; V. MALABAT, ouvrage précité, p. 270, n° 535.

<sup>70</sup> M.-L. RASSAT, ouvrage précité, p. 493, n° 439 ; V. MALABAT, ouvrage précité, p. 271-272, n° 538 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7<sup>ème</sup> éd., Cujas, 1997, p. 749, parag. 596 ; A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, ouvrage précité, p. 224, n° 341.

<sup>71</sup> Code pénal, articles 270-1 à 270-4 issus de la loi modificative de la loi n° 61-027 du 15 juillet 1961 portant institution du Code pénal.

<sup>72</sup> Loi n° 2015-031 portant incrimination de l'esclavage et réprimant les pratiques esclavagistes, articles 7 à 19.

<sup>73</sup> Code pénal, article 270-5 issu de la loi modificative de la loi n° 61-027 du 15 juillet 1961 portant institution du Code pénal.

<sup>74</sup> Loi n° 2015-031 portant incrimination de l'esclavage et réprimant les pratiques esclavagistes, article 23.

<sup>75</sup> Code de procédure pénale, article 7, alinéa 2 précité.

<sup>76</sup> B. KAMENA, « Entretien avec des juges d'instruction du Pôle judiciaire spécialisé », précité.

compétence nationale qui prévaut sauf, exceptionnellement, lorsque l'infraction peut être qualifiée de crime contre l'humanité ou de crime de guerre<sup>77</sup>. Une meilleure solution pourrait consister à faire entrer la traite des personnes et les pratiques assimilées dans la compétence de la Cour pénale internationale. Pour cela, il est nécessaire de qualifier la traite des personnes, en général, comme un crime contre l'humanité. A cet égard, la Mauritanie a fait un pas remarquable. Sa loi précitée dispose, en son article 2, alinéa 1<sup>er</sup> : « L'esclavage constitue un crime contre l'humanité. Il est imprescriptible. ».<sup>78</sup>

De la même manière, les mécanismes de coopération judiciaire sont aussi perfectibles. En effet, les conventions existantes, même les plus récentes<sup>79</sup>, prévoient des mécanismes classiques de coopération judiciaire qui ne recèlent pas tous les avantages des nouveaux mécanismes que l'on peut retrouver actuellement en Europe. Il s'agit, par exemple, du mandat d'arrêt européen<sup>80</sup> qui est considéré comme une pratique prometteuse en matière de lutte contre la traite des personnes<sup>81</sup>. En effet, il comporte plusieurs avantages. Il est plus rapide et plus simple que la procédure de l'extradition.<sup>82</sup> Il permet surtout au juge de s'affranchir quelque peu des obstacles politiques. En Afrique, ceux-ci sont souvent liés à la coutume.

## 2. Des insuffisances liées à la coutume

Paraphrasant un adage juridique célèbre, on peut dire qu'en Afrique, la coutume tient la politique et le droit en l'état. Ainsi, la survivance de certains systèmes de tenure foncière favorise la persistance de pratiques esclavagistes dans la mesure où les descendants d'esclaves, ne pouvant accéder à la propriété des terres, sont contraints d'accepter un régime de servage. C'est le

---

<sup>77</sup> Cf. Statut de Rome, précité.

<sup>78</sup> Un auteur proposa la création d'une « cour criminelle internationale » dont la compétence englobera, d'une part, les crimes de guerre et les crimes contre la paix et, d'autre part, les infractions ordinaires mais commises de manière internationale (Ch. VAZIRI, *Contribution à l'étude d'une juridiction pénale internationale*, th., Université de Poitiers, J. PRADEL (dir.), 1988.

<sup>79</sup> Par exemple, l'accord de coopération judiciaire entre le Mali, le Niger et le Tchad signé à Niamey, le 9 mai 2017.

<sup>80</sup> Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil des ministres de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise applicables entre États membres du 13 juin 2002.

<sup>81</sup> UNODC, *Référentiel d'aide à la lutte contre la traite des personnes*, Programme mondial contre la traite des êtres humains, Nations unies, New York, 2009, p 130-131.

<sup>82</sup> *Idem*. Sur le mandat d'arrêt européen, v. M.-E. CARTIER, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005 ; S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, 2009.

cas par exemple au Mali où l'article 44 du Code domanial et foncier permet la constatation du droit foncier coutumier donnant lieu à la délivrance d'un titre opposable aux tiers.<sup>83</sup> La Cour suprême du Mali a déjà fait référence à la coutume de l'esclavage en matière de succession.<sup>84</sup>

La survivance des coutumes est aussi perceptible dans d'autres pays de la sous-région. Au Sénégal, le législateur, les politiques et ceux qui appliquent les lois sont confrontés aux fortes pressions socio-culturelles, notamment des confréries musulmanes et des marabouts. « L'Etat n'ose pas s'opposer à ces personnes influentes » écrivait un auteur sénégalais.<sup>85</sup> Pour illustrer ce propos, l'article 245 du Code pénal sénégalais dispose que « la mendicité est interdite ». Cependant, le même article apporte une atténuation au principe en disposant que « le fait de solliciter l'aumône aux jours, dans les lieux et dans les conditions consacrées par les traditions religieuses ne constitue pas un acte de mendicité ».

Le cas du Niger est l'un des plus illustratifs. Le projet de loi criminalisant l'esclavage n'a été initié que par le régime de la seconde transition<sup>86</sup> à la faveur d'une double circonstance. D'abord, les hommes politiques et les autorités traditionnelles avaient moins d'emprise sur ce régime. Ensuite, celui-ci était en quête d'une légitimité internationale après le coup d'Etat ayant entraîné la mort du président Baré Maïnassara et l'isolement du Niger sur le plan international. Selon un auteur, « il aurait été impossible, en temps ordinaire, d'avancer sur la question de l'esclavage. Les pressions auraient été trop fortes et les compromis avec les autorités traditionnelles auraient vidé les textes de toute efficacité en raison de connivences multiples ».<sup>87</sup>

Généralement, ce sont les pressions intensifiées des organisations internationales, des médias et, quelques fois, de certains Etats occidentaux, ainsi que les soutiens conjugués des ONG et des associations non signataires d'accord cadre qui permettent de venir parfois à bout des différents obstacles. C'est le cas de la Côte d'Ivoire, un pays de réception de main-d'œuvre enfantine étrangère, qui ratifia la convention des Nations unies n° 182, suite à

---

<sup>83</sup> Ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier. Pour le cas spécifique du Niger, v. K. A. GALY, *L'esclavage au Niger. Aspects historiques et juridiques*, éd. Karthala, 2010, p. 127 ; D. LAYA, « Le Contrôle de la terre dans l'arrondissement de Say », Niamey, avril 1995, inédit, cité par R. BOTTE, « Le droit contre l'esclavage au Niger », *Politique africaine*, 2003/2, n° 90, p. 135.

<sup>84</sup> Cour suprême, sect. jud., ch. civ., 17 mai 1999, arrêt n° 132, *Jurisprudence civile, commerciale et sociale de la Cour suprême du Mali*, T. I, 1998, 1999, 2000, 2001, Prodej, Bamako, p. 57.

<sup>85</sup> Ch. A. KANE, Th. précitée, p. 241.

<sup>86</sup> Période allant du 9 avril 1999 au 6 janvier 2000.

<sup>87</sup> R. BOTTE, article précité, p. 132.

la dénonciation par les médias internationaux, les ONG et les institutions internationales. C'est aussi le cas du Sénégal qui adopta la loi 2005-06 du 10 mai 2005 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées suite à la menace d'un mauvais classement par un rapport du département d'Etat américain.

On peut dire qu'en Afrique, la coutume asservit la politique et le droit ; les organisations internationales, les médias et les ONG les affranchissent.

\*

\* \*

En définitive, pour lutter plus efficacement contre la traite des personnes et les pratiques assimilées, les États doivent adopter un certain nombre de mesures. Tout d'abord, ils doivent corriger les lacunes juridiques identifiées, notamment les erreurs matérielles, les omissions et les incertitudes terminologiques. Ils doivent, ensuite, consentir des restrictions à leur souveraineté, surtout en matière judiciaire. Ils peuvent, par exemple, qualifier la traite des personnes et les pratiques comme un crime contre l'humanité et, ainsi, les faire entrer dans la compétence de la Cour pénale internationale. Ils pourraient aussi créer une « Cour criminelle internationale » dont la compétence engloberait, d'une part, les crimes de guerre et les crimes contre la paix et, d'autre part, des infractions comme la traite des personnes. Enfin, de leur côté, les organisations internationales, les médias et les ONG doivent maintenir la pression sur les États afin de les inciter à se libérer des coutumes défavorables à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées. Aujourd'hui, plus que jamais, les auteurs africains doivent orienter la réflexion sur la place de la coutume dans le droit positif.

**BIBLIOGRAPHIE :**

**I. Textes**

**Textes internationaux et sous-régionaux**

- Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 ;
- Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ;
- Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 ;
- Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956 ;
- Convention sur l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957 ;
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ;
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par la résolution 34/180 de l'Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 1979 ;
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 ;
- Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;
- Loi uniforme de l'UEMOA relative aux instruments de paiement : chèque, carte de paiement et de retrait, lettre de change et billet à ordre du 29 septembre 1995 ;
- Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 ;
- Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000 ;
- Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 ;
- Protocole additionnel à la convention de Palerme visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000 ;
- Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations (E/2002/68/Add.1), 2002 ;
- Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil des ministres de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise applicables entre États membres du 13 juin 2002 ;

- Directive n° 07/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA ;
- Loi uniforme de l'UEMOA relative à la répression des infractions en matière de chèques, de carte bancaire et d'autres instruments et procédés électroniques de paiement (éd. 2011) ;
- Directive n° 02/CM/UEMOA du 2 juillet 2015 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'UEMOA ;
- Accord de coopération judiciaire entre le Mali, le Niger et le Tchad du 9 mai 2017.

**Textes maliens**

- Constitution de la République du Mali du 25 février 1992 ;
- Ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier ;
- Loi n° 01-079 du 20 août 2001 portant Code pénal en République du Mali ;
- Loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale en République du Mali ;
- Loi n° 2012-023 du 12 Juillet 2012 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées ;
- Loi n° 2013-016 du 21 mai 2013 portant modification de la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale en République du Mali.

**Textes étrangers**

**Mauritanie :**

- Loi n° 2007-048 portant incrimination de l'esclavage et des pratiques esclavagistes ;
- Loi n° 2015-031 portant incrimination de l'esclavage et réprimant les pratiques esclavagistes ;

**Niger :**

- Loi modificative de la loi n° 61-027 du 15 juillet 1961 portant institution du Code pénal ;

**Sénégal :**

- Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal ;
- Loi 2005-06 du 10 mai 2005 relative à la lutte contre la traite des personnes et les pratiques assimilées.

**II. Ouvrages**

## Réflexion sur une infraction internationale : la traite des personnes

- F. ANOUKAHA *et alii*, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002 ;
- H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET (sous dir.), *Droit international pénal*, 2<sup>ème</sup> éd. révisée, A. Pedone, 2018 ;
- J.-P. BAZELAIRE et Th. Cretin, *La justice pénale internationale*, PUF, 2000 ;
- S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, 2009 ;
- M.-E. CARTIER, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005 ;
- B. CODOU, *Femme, migration et protection sociale : cas des migrations internes et transfrontalières fillettes au Sénégal et du Mali*, Ed. Caire, 2010 ;
- M. DELMAS-MARTY *et alii*, *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising Criminal Law*, Société de législation comparée, Paris, 2008 ;
- K. A. GALY, *L'esclavage au Niger. Aspects historiques et juridiques*, Karthala, 2010 ;
- M. HENZELIN et R. ROBERT, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internalisation*, Paris, Bruxelles, Genève, L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002 ;
- A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015 ;
- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013 ;
- R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7<sup>ème</sup> éd., Cujas, 1997 ;
- G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des parties*, L'Harmattan, Paris, 2002 ;
- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014.

### III. Thèses

- Ch. A. KANE, *La traite des personnes en Afrique de l'Ouest*, th., UCAD, S. DIOUF (dir.), 2015 ;
- E. KATIMAN, *La traite des êtres humains en tant que violation du droit international des droits de l'Homme*, Th., Université de Strasbourg, S. KARAGIANNIS (dir.), 2012 ;
- N. TANDINA, *Migrations et conflits armés : cas du Mali*, th., UCAD, S. DIOUF (dir.), 2016 ;
- L. TOSUN, *La traite des êtres humains : étude normative*, Th., Université Grenoble Alpes, J. TERCINET (dir.), 2011 ;

- Ch. VAZIRI, *Contribution à l'étude d'une juridiction pénale internationale*, th., Université de Poitiers, J. PRADEL (dir.), 1988.

#### IV. Articles et chroniques

- J. AMAR, « Traite des êtres humains », *JCP*, fasc. n° 20, parag. 20-21 ;
- M. BADJI, B. et CAMARA *et alii*, « Captivité et abolition de l'esclavage dans les colonies françaises ouest-africaines », *Nouvelles Annales Africaines*, Ed. Spéc., 2012 ;
- R. BOTTE, « Le droit contre l'esclavage au Niger », *Politique africaine*, 2003/2, n° 90, p. 135 ;
- B. BOURGEOIS, « Les infractions pénales réprimant le phénomène de traite des êtres humains à des fins d'exploitation par le travail », *AJP*, 2012, p. 205 ;
- Y. HAMULI KABUMBA, « La répression internationale de l'esclavage : les leçons de l'arrêt de la Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest dans l'affaire Hadijatou mani Koraou c. Niger (27 octobre 2008) », *Revue québécoise de droit international*, (2008) 21.2, p. 25 ;
- B. KAMENA, « Mali : adoption du projet de loi portant répression des infractions prévues par les actes uniformes de l'OHADA », *Actualités du droit*, Wolters Kluwer, 8 septembre 2017, p. 1, <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/droits-nationaux/8659/mali-adoption-du-projet-de-loi-portant-repression-des-infractions-prevues-par-les-actes-uniformes-de-l-ohada> (consulté le 15 février 2018) ;
- E. KITIO, « Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle*, n° 2, mars 2013, p. 13 ;
- K. M. KOUADIO, « La répression des infractions issues de l'AUSC-GIE dans les pays membres de l'OHADA, talon d'Achille de l'OHADA », *Revue de droit des affaires en Afrique (RDAA)*, nov. 2015 ;
- B. LAVAUD-LEGENDRE, « Regards jurisprudentiels sur le retour au Nigeria des femmes sexuellement exploitées en Europe », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Centre de Recherches Juridiques de Grenoble, 2017, <hal-01577913> ;
- H. M. MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des États membres de l'OHADA : une solution-problème à

- l'intégration juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique professionnelle*, n° 3, sept. 2013, p. 13 ;
- H. TCHANTCHOU et M. AKOUETE AKUE, « L'état de droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° spécial, nov./déc. 2011, p. 25 ;
  - J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Revue Belge de Droit International*, 1980-2, p. 243 ;
  - K. E. YAO, « OHADA. « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 3, 2011, p. 661.

#### V. Communications

- E. GOETHALS, « L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international », in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, 3<sup>ème</sup> Congrès de l'AHJUCAF, Cour suprême du Canada, Ottawa, 21-23 juin 2010, p. 115, [www.ahjucaf.org](http://www.ahjucaf.org) (consulté le 21 février 2018) ;
- B. TAXIL, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, 3<sup>ème</sup> Congrès de l'AHJUCAF, Cour suprême du Canada, Ottawa, 21-23 juin 2010, p. 104, [www.ahjucaf.org](http://www.ahjucaf.org) (consulté le 21 février 2018).

#### VI. Rapports

- CNCDH, *La Traite et l'exploitation des êtres humains en France*, « Les Études de la CNCDH », La Documentation française, 2010 ;
- Département d'Etat des Etats-unis, « Rapport 2013 sur l'esclavage », [https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali\\_tip\\_fr%202013.pdf](https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali_tip_fr%202013.pdf) (consulté le 15 avril 2018) ;
- Département d'Etat des Etats-unis, « Rapport 2014 sur l'esclavage », [http://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali\\_tip\\_fr2014.pdf](http://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali_tip_fr2014.pdf) (consulté le 21 février 2018).
- Département d'Etat des Etats-unis, « Rapport 2014 sur la situation des droits de l'Homme », [https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali\\_fre\\_final\\_2014.pdf](https://photos.state.gov/libraries/mali/96825/International%20Report/mali_fre_final_2014.pdf) (consulté le 21 février 2018) ;
- Département d'Etat des Etats-unis, « Rapport 2016 sur l'esclavage », <https://mr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/204/2017/08/MAURITANIA-TIP-2016-FRE-FINAL.pdf> (consulté le 8 mars 2018) ;

- Interpol, « Rapport annuel 2016 », [https://www.interpol.int/content/download/35945/465537/version/4/file/006-Annual%20report%202016\\_FR\\_web.pdf](https://www.interpol.int/content/download/35945/465537/version/4/file/006-Annual%20report%202016_FR_web.pdf) (consulté le 8 mars 2018) ;
- Interpol, « Le trafic de migrants », Fiche pratique, COM/FS/2017-02/THB-01, [https://www.interpol.int/content/download/795/453585/version/33/file/12\\_THB-01\\_02\\_2017\\_FR\\_web.pdf](https://www.interpol.int/content/download/795/453585/version/33/file/12_THB-01_02_2017_FR_web.pdf) (consulté le 8 mars 2018) ;
- Interpol, « La traite d'êtres humains », Fiche pratique, COM/FS/2017-02/THB-02, p. 2 et 3, [https://www.interpol.int/content/download/796/453591/version/35/file/13\\_THB-02\\_02\\_2017\\_FR\\_web.pdf](https://www.interpol.int/content/download/796/453591/version/35/file/13_THB-02_02_2017_FR_web.pdf) (consulté le 8 mars 2018) ;
- Ministère de la Justice du Mali, « Rapport de présentation du projet de loi portant répression de l'esclavage et des pratiques assimilées », 2016, inédit ;
- S. Niass, « La traite des personnes en Afrique de l'Ouest : analyse du cadre juridique et politique de la protection des victimes », Etude réalisée par l'UNOWA en collaboration avec le HCDH BRAO, [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/Dakar\\_Saddikh\\_Niass\\_fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/Dakar_Saddikh_Niass_fr.pdf) (consulté le 19 février 2018) ;
- UNODC, « Référentiel d'aide à la lutte contre la traite des personnes, Programme mondial contre la traite des êtres humains », Nations unies, New York, 2009.

#### VII. Jurisprudence

- Cour suprême, sect. jud., ch. civ., 17 mai 1999, arrêt n° 132, *Jurisprudence civile, commerciale et sociale de la Cour suprême du Mali*, T. I, 1998, 1999, 2000, 2001, Prodej, Bamako ;
- Cour de cassation sénégalaise, 1<sup>ère</sup> ch., pén., 20 mars 2001, n° 14 - 2001, Affaire S. G. et autres c. Hissène Habré, obs. M. HENZELIN et R. ROBERT, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Bruxelles, Genève, L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002, p. 71 ;
- Cour de justice de la CEDEAO, 27 octobre 2008, affaire Hadijatou mani Koraou c. Niger, *Revue québécoise de droit international*, (2008) 21.2, p. 25, obs. Y. HAMULI KABUMBA.

## **LA PRATIQUE POLITIQUE DE LA DECENTRALISATION SOUS L'INFLUENCE DE LA REBELLION TOUAREG**

**Dr Aly Kemesso,  
docteur en droit public, ATER à l'Université de Corse, France**

Le terme décentralisation peut se rapporter à deux types d'analyses. Tantôt à une analyse structurelle de l'organisation de l'État, articulée entre organes locaux ayant d'amples pouvoirs et possibilités de décisions autonomes, tantôt au contraire à une analyse spécifique permettant de comprendre le rapport entre le pouvoir de l'État (centralisé ou décentralisé) et les pouvoirs locaux selon laquelle on reconnaît à ces derniers des pouvoirs ou des possibilités de décision. L'objet de la première est d'apprécier le fonctionnement global de l'État alors que la seconde s'attache au degré de la décentralisation dans un État<sup>1</sup>.

Ces analyses concernent naturellement les constructions fédérales, mais aussi des États fondés sur l'unité de législation, n'ayant pu, su ou voulu parachever leur construction. C'est le cas de plusieurs États africains au sein desquels la question de la décentralisation s'est posée conformément à ces analyses.

Or, la question de la décentralisation peut aujourd'hui se poser d'une façon nouvelle. Si ces États africains connaissent depuis les années 1990 une banalisation des processus de décentralisation impliquant une dévolution de compétence à des autorités territoriales, la décentralisation renvoie davantage à la question de l'optimum dimensionnel des unités politiques, des producteurs de normes et donc des destinataires de ces normes qui peuvent être des minorités ou des couches identitaires.

En ce sens, dans un contexte d'instabilité politique marqué par la montée des revendications identitaires, l'analyse de la décentralisation mérite d'être portée non simplement sur l'objet (qui est déjà classique, connu et statique) mais sur l'outil qui concerne davantage la mise en situation, la mise en mouvement, bref il s'agit de savoir comment la décentralisation est appréhendée dans une perspective pragmatique.

---

<sup>1</sup> S. FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ éd., Paris, 1979, 281 p.

Au Mali, la décentralisation comme outil juridique est intégrée initialement dans une grammaire strictement politique qui s'explique par la construction de l'État au Mali. Par grammaire politique, nous entendons le fait que la signification de la décentralisation est appréhendée à partir des rapports politiques qui se développent au sein du Mali, en l'occurrence ceux mettant en scène l'État malien et les mouvements de rébellion.

C'est ainsi que le droit public se retrouve au service de la pratique politique de la décentralisation au Mali. Ce droit public dispose d'une place singulière et essentielle au sein du système juridique. Cette importance s'explique par « le retard » du droit privé sur ce dernier. En outre, ce droit public est particulièrement instrumentalisé par la pratique politique, car le système juridique semble accorder une place privilégiée aux institutions. Il adhère, en ce sens, à une interprétation que nous pouvons qualifier de réaliste du droit selon laquelle la signification de la norme découle d'un acte de volonté des opérateurs juridiques. Ainsi, dans le but de monopoliser politiquement l'organisation territoriale (et donc les institutions locales) la décentralisation fait l'objet d'une interprétation très contextualisée (**I**). Cette contextualisation s'accompagne également d'une interprétation fortement finalisée (**II**).

### **I. Une interprétation contextualisée**

D'une manière générale, la décentralisation repose sur l'axiome selon lequel le « pouvoir d'État » est centralisé et que le remède contre cette situation, synonyme la plupart du temps de mauvais fonctionnement, n'est autre que la décentralisation<sup>2</sup>. Or, dans les sociétés africaines contemporaines, le pouvoir d'État est non seulement centralisé, mais aussi fortement concentré. De sorte qu'au Mali, le contexte d'élaboration du droit local est singulier (**A**). En outre, ce droit local semble soumis à un contrôle dont le contexte d'émergence fragilise le principe de libre administration (**B**).

#### **A. Le contexte d'élaboration du droit local**

Le contexte d'élaboration du droit local au Mali s'énonce à partir des mécanismes administratifs et politiques. C'est ainsi l'administration de l'État qui va œuvrer afin de « concrétiser » les normes générales. Il s'agit d'un mécanisme d'élaboration de la norme suscité afin de faciliter son implantation et son efficacité locale - et donc de réduire si possible les résistances locales.

---

<sup>2</sup> J. THALINEAU, *Essai sur la centralisation et la décentralisation, Réflexions à partir de la Théorie de Ch. Eisenmann*, Thèse de doctorat, Université de Tours, 1994, 383 p.

*1. Les mécanismes administratifs d'élaboration des normes locales*

L'État au Mali se comporte comme un ordonnateur du territoire<sup>3</sup> en déployant des mécanismes administratifs d'élaboration du droit local. En ce sens, la décentralisation en constitue clairement l'illustration en ce qu'elle met en relief ce que le doyen Hauriou présentait comme « une manière d'être de l'État »<sup>4</sup>.

L'administration malienne : un centre de production des normes à l'échelle locale

Il est commun de réduire le travail administratif à un travail purement technique ou à une simple mise en forme des textes-cadres. Or c'est dans cette opération de mise en forme que l'administration a le plus fortement la capacité d'influer sur un texte par un mécanisme de concrétisation qui opère une sorte d'inversion de la pyramide des normes. C'est ce qui ressort de la remarque de François Monnier et Guy Thuillier « contrairement à ce que l'opinion publique pense ordinairement, c'est l'administration qui crée le droit, et non pas le parlement ou le gouvernement »<sup>5</sup>.

En effet, au moment où elle intervient, l'administration dispose d'un véritable pouvoir normatif. Cette situation cristallise selon certains la recrudescence de l'État providence « L'existence des responsabilités de l'État a modifié le rapport de l'administration à la loi : les lois sont devenues de plus en plus des textes-cadres fixant certains objectifs à atteindre, en confiant à l'administration de précision en termes de programme d'action et en lui laissant toute la latitude en ce qui concerne les conditions de leur réalisation »<sup>6</sup>.

Il s'agit là d'une polycentricité dans la production de la norme, qui remet en cause les catégories classiques, et par-delà fait intervenir l'administration en lui accordant une place primordiale dans l'élaboration de la norme<sup>7</sup>. Bien qu'elle ne fixe pas le cadre général de la norme, comme peuvent le faire le législateur et le gouvernement, l'activité administrative consiste de nos jours

---

<sup>3</sup> F. FOURNIE, *Recherche sur la décentralisation dans l'oeuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ éd., Paris, 2005, « Partie I ».

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>5</sup> F. MONNIER et G. THUILLER, *Administration: vérité et fiction*, Economica éd., Paris, 2007, p. 214.

<sup>6</sup> Ch.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ éd., Paris, 1999, 224 p ; A. J. HOECKEMA, « La production des normes juridiques par les administrations », *Droit et société*, n° 27, 1994.

<sup>7</sup> *Ibid.*

à préciser et à répondre aux contraintes de la réalité<sup>8</sup>. La concrétisation, l'utilisation de notions juridiquement indéterminées et l'usage d'une mise en balance des intérêts témoignent de cette logique,

Il n'est pas dit que par le passé, son activité ne couvrait pas une telle fonction, mais jamais avec une telle ampleur. Sur cette question les travaux du professeur P. Moor sur les trois temps du développement de l'administration et de son droit sont particulièrement pertinents<sup>9</sup>. En ce sens, la réalité renvoie à une transformation profonde à l'égard de ses sociétés. Il est question, désormais, de rationalités qui se heurtent et entrent en discordance, nécessitant par là une redéfinition du droit dans son application<sup>10</sup>. Dans cette perspective, le rôle des institutions nationales maliennes semble se résumer en un cheminement bureaucratique en termes de transfert des compétences même si des chefs locaux jouent également un certain rôle dans l'édifice de la décentralisation. Le premier temps du droit administratif malien semble ainsi davantage lié à l'État administratif de police ou au déploiement de l'État interventionniste qu'à celui contemporain d'un État de redistribution. En ce sens, il récuse dans les faits cette modernité polycentriste du droit administratif moderne et sous l'apparence de la décentralisation valorisait la construction centrale de la norme.

a. Le cheminement bureaucratique des normes locales

- La primature

Le ministère de l'Administration et des Collectivités territoriales (MATCT) et la direction nationale des collectivités territoriales apparaissent comme étant les organes centraux de la politique de décentralisation. Cependant, elles ne peuvent imposer des directives aux autres ministères, suivant la règle du parallélisme et l'absence de la hiérarchie. Il revient donc à la primature de s'ériger en arbitre pour toutes les questions assorties de désaccord. Elle met en œuvre des réformes, observe les agences tels que l'autorité de développement intégré du nord, qui s'occupe des politiques des régions nord (Gao, Tombouctou et Kidal). Il est intéressant de s'interroger sur la fonction de cette institution qui a la charge première des politiques de décentralisation. Ainsi, sur les questions de transfert de compétences, ce qui a été reproché à l'institution de la primature se trouve être la poursuite d'une promotion partisane au lieu et à la place de s'ériger en arbitre. Les

---

<sup>8</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique, gouvernants sans frontières*, LGDJ éd., Paris, 2003, p. 311.

<sup>9</sup> P. MOOR, *Dynamique du système juridique*, LGDJ, 2010, 338 p. ; mais aussi *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> édition, entièrement revue, mise à jour et augmentée, Stampfli éd., Berne, 1027 p.

<sup>10</sup> A. J. ARNAUD, *op. cit.* p. 311.

gouvernements successifs œuvraient davantage dans l'intérêt soit du président sous lequel ils sont en fonction soit pour cultiver une promotion de leur formation partisane.

- Le ministère de l'Administration territoriale et des Collectivités locales (MATCL)

Après avoir supplanté l'ancien ministère de l'Intérieur comme administration territoriale<sup>11</sup>, il est chargé de l'administration de tout ce qui concerne les collectivités. Ses compétences sont cependant dévolues à la direction nationale des collectivités locales (DNCL). La fonction de cette direction nationale des collectivités est instituée de telle sorte qu'elle concentre essentiellement le pouvoir de décision dans l'administration des collectivités locales. La raison principale d'une telle forme politique demeure sans doute l'idée selon laquelle la concentration de la puissance publique aux mains d'une administration centrale conditionne l'unité autour d'objectifs de développement communs, si bien que la décentralisation suppose dans ce registre un moyen pour l'État de s'affermir. On retrouve là la remarque faite par Hauriou : « Le pouvoir central ne cesse de dépouiller les pouvoirs locaux de leurs attributions et compétences primitives pour se les approprier exclusivement... On peut poser, en principe, que tout gouvernement d'État est un pouvoir unique superposé à des pouvoirs primaires multiples préexistants dans la nation »<sup>12</sup>. Si la direction nationale des collectivités locales, au départ, a pu bénéficier d'un certain crédit afin de prolonger la légitimité de l'État et permettre par conséquent à ce dernier de s'affranchir des régimes de parti unique qui se sont succédé depuis l'indépendance, elle ne représente pas non plus cette nouvelle forme d'administration qui saurait admettre l'existence coordonnée des institutions différentes de lui. C'est ainsi

---

<sup>11</sup> Le décret n° 93-107/P-RM du 16 avril 1993 fixant les attributions spécifiques des membres du gouvernement confiait au ministre d'État de l'administration territoriale : la responsabilité de la conception et de la mise en application de la politique gouvernementale en matière d'organisation administrative du territoire. Ces missions étaient : -La coordination et le contrôle de l'action des chefs de circonscription administrative ; -L'organisation des relations entre l'État et les collectivités territoriales ; -L'élaboration et la mise en application des mesures nécessaires à la politique de décentralisation ainsi que l'animation et la coordination de l'action des autres membres du gouvernement dans ce domaine ; -La neutralité de l'administration par rapport aux compétitions politiques ; -La mise en œuvre de l'aide d'urgence, à travers les autorités administratives régionales et locales et en relation avec les ministères concernés ; -L'orientation, la coordination et l'évaluation de l'action de organisations non gouvernementales (ONG) ; -L'information du gouvernement sur la situation politique, économique et sociale du pays.

<sup>12</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, édité par R. SIREY, vol. 2, p. 115-116.

que Julien Félix résume cette tendance de centralisation administrative : « La décentralisation n'a pas été élaborée pour réaménager des institutions mises en place par l'ancien parti unique, mais pour donner vie à une nouvelle utopie et créer un projet mobilisateur au service d'une nouvelle classe politique »<sup>13</sup>.

- Le Haut conseil des collectivités locales : une représentativité abstraite des territoires

Il est le représentant désigné des collectivités territoriales. C'est un organe consultatif dont le rôle consiste à la promotion du développement local et régional. L'article 99 de la Constitution du 25 février 1992 détermine sa mission<sup>14</sup>. Le Haut conseil a pour mission de donner un avis motivé sur toute question concernant la protection de l'environnement, l'amélioration de la qualité de vie des citoyens à l'intérieur des collectivités. Le gouvernement est alors tenu de déposer un projet de loi conforme dans les quinze jours sur le bureau de l'Assemblée nationale. Il est tenu de le saisir pour toutes actions concernant les domaines cités plus haut.

b. Le rôle des chefs locaux

Bien avant l'avènement des réformes de décentralisation, les chefferies traditionnelles incarnaient les principales instances élues en correspondance avec le pouvoir d'État. Les prérogatives coutumières conférées par l'État sont diverses selon qu'elles soient officielles (chefs de village, chefs de fraction, conseil de village, etc.) ou officieuses (lignages détenteurs de propriétés coutumières, anciens chefs de cantons, etc.)

C'est ainsi que l'organisation de la société touareg comporte un chef local dénommé *amenokal* et confère à ce dernier un rôle considérable depuis très longtemps. Choisi au sein de la communauté touareg pour ses qualités morales et religieuses, il est le chef spirituel d'une société longtemps accrochée à la religion musulmane et à la civilisation arabo-berbère. Durant la période coloniale, son rôle consistait à servir d'intermédiaire entre l'administration coloniale et la population touareg. Avec l'avènement de la République du Mali, les gouvernements qui se sont succédé n'ont pas dérogé

---

<sup>13</sup> J. FELIX, « L'élaboration de la politique de décentralisation au Mali : des logiques plurielles », *Bulletin de l'APAD*, n° 11, 1996, p. 148-168.

<sup>14</sup> Titre XII. Du Haut conseil des collectivités. Article 99 : Le Haut conseil des collectivités a pour mission d'étudier et de donner un avis motivé sur toute politique de développement local et régional. // Il peut faire des propositions au Gouvernement pour toute question concernant la protection de l'environnement et l'amélioration de la qualité de la vie des citoyens à l'intérieur des collectivités. // Le gouvernement est tenu de saisir pour avis le Haut conseil des collectivités pour toutes actions concernant les domaines cités dans le présent article.

à cette règle, ils ont accepté le rôle traditionnel de celui-ci dans l'acheminement normatif. L'amenokal répondait parfaitement au besoin du pouvoir central dans le maintien des principes sacro-saints de la République tels que (l'unité nationale et la préservation de l'intégrité territoriale). Pourtant cet appui du pouvoir central sera vu par la population touareg tel un prétexte afin d'éradiquer les questions de libertés ou de développement local.

Enfin, force est de constater que le pouvoir central recoure, selon son vouloir, aux autorités traditionnelles dans le but de contourner les instances locales élues. C'est ainsi que la chefferie traditionnelle a été instituée à travers l'attribution de certaines responsabilités aux chefs de village et de fraction. Ces derniers ont la tâche de réunir les impôts, d'arbitrer les conflits, de représenter leur communauté auprès de l'administration et de mobiliser la population à la demande des autorités. Quand bien même qu'elles n'ont jamais été reconnues en tant que collectivités locales, les villages et les fractions nomades constituent des bases de presque toutes les interventions de l'État en milieu rural<sup>15</sup>.

Alors que leur reconnaissance juridique reste une prérogative administrateurs civils, qui disposent de l'autorité d'ériger une communauté en village ou de la rétrograder au statut d'un simple « hameau de culture », on peut donc considérer que leur sort demeure profondément politique.

### *2. Les mécanismes politiques d'élaboration des normes locales*

L'élaboration de la norme en général aussi bien dans les sociétés occidentales qu'africaine est teintée de techniques plus ou moins nécessaires et qui répondent naturellement à l'évolution du droit malien et de la société africaine d'une manière générale. Dans le cas du Mali, en accord avec les rébellions touareg, l'instrument de régulation des régions du nord semble se résoudre au déploiement de mécanismes politiques. Par mécanismes politiques, il faut entendre les techniques liées aux actions de l'État dans le cadre d'un dialogue politique après le soulèvement d'une fraction de sa population. Il faut aussi préciser que ces mécanismes politiques se trouvent aux confins du juridique dans le sens où ils sont susceptibles de se confronter à la législation nationale, ce qui fait qu'ils peuvent poser un certain nombre d'interrogations.

---

<sup>15</sup> S. GODIN-BILODEAU, *La décentralisation au Mali, mutations politiques locales et changements sociaux*, Mémoire, Université du Québec, Montréal, 2010, p. 17 et s.

a. La négociation des accords de paix

-La difficile composition des accords de paix avec l'architecture institutionnelle

Il est assez invraisemblable de soutenir que l'État, dans le cadre de la décentralisation, puisse adopter des normes juridiques, après négociation des accords de paix avec des groupes innommés ou non reconnus sur son propre territoire ou par sa législation nationale. Le concept de souveraineté, dans sa substance, n'admet en aucun moment que l'État puisse créer du droit après négociation avec des mouvements qu'ils soient rebelles ou non, car le propre du pouvoir suprême c'est justement de dicter librement la conduite, notamment dans la production normative. Pourtant, l'analyse de la politique de décentralisation au Mali met en relief l'action incongrue de l'État dans la production normative après chaque soulèvement identitaire. Cette action s'inscrit dans le cadre de négociation d'un processus d'accord de paix avec des mouvements de son territoire sous le regard d'un tiers, généralement homme politique ou État médiateur. Des accords de Tamanrasset à ceux d'Alger, nous nous rendons compte que la volonté de décentralisation à l'égard des populations du Nord prend racine au pied des tables de négociations. Or, comment expliquer le fait, qu'un accord politique aussi louable soit-il puisse déterminer les conditions d'existence et de fonctionnement d'une collectivité locale donnée ? Quelle peut être la valeur d'un accord politique au regard du droit local ? Faut-il attendre qu'il y ait un soulèvement d'une partie de la population pour lui signifier un quelconque intérêt ? Toutes ces questions d'ordre pragmatique rendent compte de la bêtise étatique en matière de décentralisation. En procédant à une analyse approfondie de ces accords de paix, nous nous rendons compte que ce sont ces techniques politiques qui ont sacrifié la décentralisation sur l'autel du « retour » à la paix.

-Une décentralisation née à partir de cessez-le-feu ou d'accords de paix

Concernant les accords de Tamanrasset signés sous l'égide de l'Algérie entre le gouvernement malien et les mouvements rebelles, il faut voir que ceux-ci furent la première occasion pour ces mouvements de faire connaître leurs revendications. Il devenait intéressant, depuis le congrès de Tripoli en 1987, de voir que la volonté sous-jacente de la rébellion restait l'indépendance de l'ensemble des Touareg de l'espace saharien malienne<sup>16</sup>. Parmi les événements qui entouraient l'accord, le gouvernement malien a par exemple isolé la question de l'indépendance afin de faire place à un accord

---

<sup>16</sup> P. BOILEY, *Les Touareg Kel Adagh, Dépendances et révoltes : du Soudan français au Mali contemporain*, Khartala éd., Paris, 1999, p. 479.

mutuel sur l'autonomie de cette région nord et ceci en sachant pertinemment que le fond de la question n'était pas réglé et que ledit accord devrait être rapidement adopté. La brièveté de l'accord rappelle les doutes des observateurs à cette époque qui ne voyait qu'un simple accord de cesser le feu plutôt qu'un accord politique déterminant. Dans le même registre et s'agissant cette fois des accords d'Alger de 2006 et de 2012, les mêmes critiques reviennent et portent sur la volonté de l'État malien de revenir sur la table de négociation avec les groupes rebelles touareg. Enfin, la question de la décentralisation s'identifie encore une fois dans les accords d'Alger de juin 2015. Nous verrons que la réception de ces différents accords dans le cadre de la décentralisation pose des problèmes.

*b. Les difficultés posées par les accords politiques dans le cadre de la décentralisation*

-Une insertion controversée des accords de paix dans l'ordonnancement juridique

D'une manière générale, dans le contexte d'un conflit interne, les États procèdent par la négociation des accords politiques avec les belligérants sur leur territoire afin d'instaurer ou de revenir à la paix. À partir de ce moment, l'ordre juridique prend compte de la convention établie à cet effet avec les groupes belligérants par le mécanisme d'une réforme juridique. Ce mécanisme apparaît assez souvent dans les systèmes démocratiques. La question relative au prolongement de ces accords dans le domaine législatif ou administratif ne pose pas *a priori* de problème dès lors qu'un certain nombre d'éléments sont réunis dans un système juridique donné. Plus précisément, à travers une révision constitutionnelle, les accords signés entre un État et une autre entité sont réceptionnés dans l'ordre juridique, très souvent par la loi fondamentale qui permet ainsi de régler d'éventuels conflits normatifs. Cependant, deux questions peuvent être soulevées quant à la complexité de ces accords<sup>17</sup>. D'une part, quelle est leur nature ? D'autre part, quel est le problème posé par ces accords au regard du système juridique ?

---

<sup>17</sup> Sur la question du rapport entre les accords politiques et la Constitution voir, J. du BOIS de GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique Contemporaine*, 1996, 4<sup>ème</sup> trimestre, p. 250-256, numero spécial. ATANGANA-AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2008, p. 1723-1745. K. TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *Revue Française de droit constitutionnel*, n° 63, juillet 2005, p. 451-491.

-La nature juridique des accords politiques

Avant de qualifier ces accords, on peut se demander légitimement quel statut détiennent les mouvements rebelles lors des négociations de paix avec l'État malien sous la houlette d'un État tiers ? Les hypothèses de réponses sont multiples : s'agit-il d'entité composante de la société civile (et dans ce cas nous serons en face d'une négociation entre l'État et un groupement interne auquel l'hégémonie étatique est marquée et donc fait état d'un rapport déséquilibré) ? La réponse à cette question apparaît plutôt négative. Les conditions de négociations des accords de Tamanrasset de 1991, des accords d'Alger de 2006 et de 2015, bien qu'elles n'aient pas le même contenu, s'articulent autour de l'idée d'un rapport d'équilibre entre les parties. D'ailleurs, les observateurs ont pu remarquer que les mouvements rebelles ont toujours signifié au médiateur (qui reste un État hôte et potentiellement neutre très souvent l'Algérie) les dangers d'une rupture d'égalité.

Ensuite, doit-on considérer ces accords politiques comme des *traités*, des *coutumes constitutionnelles* ou des *conventions de la constitution* ?

Dans un premier temps, ces accords de paix ne peuvent être qualifiés de traités de type étatique, puisqu'un traité répond une logique horizontale faisant place à un rapport d'égalité et une reconnaissance implicite de l'existence en tant qu'entité distincte<sup>18</sup>. Dans un deuxième temps, ils ne peuvent non plus être qualifiés de coutumes. En effet, celle-ci comprend d'une part l'élément matériel qui est constitué par la répétition d'actes donnés manifestant un usage. D'autre part l'élément psychologique qui est composé de trois aspects : *l'opinio juris* qui est la conviction que l'usage répété constitue une règle de droit, *l'opinio necessitatis* qui est la croyance au caractère obligatoire de l'acte et *l'estimatio communis* qui est le consensus existant autour de l'acte<sup>19</sup>. Par conséquent, ces conditions excluent *de facto* ces accords politiques du registre de la coutume puisqu'ils ne sont définis que par les acteurs politiques et non le juge. Enfin, ils peuvent en revanche être considérés comme des conventions de Constitution. Celle-ci peut s'entendre

---

<sup>18</sup> Article 2 § 1 de la convention de Vienne sur le droit des traités : l'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière », il est alors possible d'émettre des réserves : « une déclaration unilatérale, quels que soient son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État.

<sup>19</sup> D. ACQUARONE, *La coutume : réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, Thèse de doctorat, Université de Nice, 1987, 588 p.

comme une pratique définie par les acteurs politiques et qui s'impose progressivement<sup>20</sup>. Bien que, la plupart du temps, la pratique de la négociation reste marquée par les pressions des États et organisations extérieures, il y a une tendance chez ces acteurs à aller fréquemment vers la table des négociations<sup>21</sup>.

Les conventions de Constitution que constituent ces accords politiques entre les mouvements rebelles et l'État n'ont pas une portée constitutionnelle<sup>22</sup> encore moins une portée juridique (du moins pas dans une approche normativiste du droit)<sup>23</sup>.

-Le problème du passage du fait au droit

L'État malien a toujours méconnu l'existence juridique des mouvements de rébellion touareg tout en manifestant une certaine volonté de poursuivre la négociation des accords politiques. Ce problème renvoie à la question classique du passage du fait au droit. À cet égard, nous pouvons évoquer les analyses des professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove quant au rapport du système juridique et de son environnement. Le fait est si bien compris dans cet environnement du système juridique qu'il entretient avec ce dernier une relation dialectique. C'est pourquoi, selon ces deux auteurs : « le fait continue à *vrombir* au sein de la machinerie juridique, lui assurant cet élément de désordre dont il a besoin pour survivre et progresser »<sup>24</sup>. Le professeur Jacques Chevallier s'inscrit également dans cette perspective : « la dynamique juridique ne résulte pas de processus purement internes à l'ordre juridique, mais bien de la tension dialectique entre le droit et le fait »<sup>25</sup>. S'il apparaît nécessaire de maintenir cette relation entre le système juridique et le fait consistant à la négociation des accords politiques, il va de soi que le système juridique concourt à la régulation, à la planification des actions, la

---

<sup>20</sup> « Une convention de Constitution est une révision politique de la Constitution ou à tout le moins une interprétation plus ou moins laxiste qui s'impose grâce à l'accord des acteurs politiques comme une norme obligatoire tant que le consensus persiste ou qu'une révision juridique expresse ne s'y est pas substituée », Y. MENY et O. DUHAMEL, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF éd., Paris, 1992, p. 232.

<sup>21</sup> I. EHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, L'Harmattan éd., Paris, 2013, 746 p.

<sup>22</sup> ATANGANA-AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *op. cit.*

<sup>23</sup> P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, PUF éd., Paris, 1997, 202 p.

<sup>24</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF éd., Paris, 1988 p. 161.

<sup>25</sup> J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF éd., Paris, 1983, p.21

prévisibilité garantissant une sécurité juridique<sup>26</sup>. Or, la négociation des accords de politiques conduit à l'insécurité juridique, car le droit se trouve systématiquement saisi et débordé par le fait.

-La difficile interconnexion entre accord politique et système juridique

En matière de décentralisation, ce qui apparaît comme spécifiquement intéressant c'est de percevoir que le droit local prend naissance dans la volonté de diffuser le droit de l'État sur l'ensemble du territoire. Cette propagation du droit prend en compte un certain nombre d'idéaux inscrits dans la Constitution malienne à savoir la préservation de l'unité nationale ou l'indivisibilité de la république. Pour autant, il devient clair que l'intégration d'un accord politique dans le sillage de la décentralisation répond davantage à des intentions politiques qu'à la manifestation effective d'un affranchissement juridique. À la lumière des accords d'Alger en 2015, une importante particularité est octroyée au pouvoir de décision des collectivités du nord où la rébellion sévit<sup>27</sup>. S'il est vrai que cet accord reprend pour son compte les modalités d'inscription des termes de l'accord<sup>28</sup> dans le droit positif, des difficultés normatives et pratiques subsistent. L'article 5, du chapitre 2 de l'accord, préconise une plus grande représentation des populations du Nord - Mali au sein des institutions nationales et remet en cause, de façon notable, l'article 26 de la Constitution malienne de 1992. Ce texte dispose qu'aucune fraction du peuple, ni aucun individu ne peut s'attribuer la souveraineté qui s'exerce par voie de représentation ou de référendum.

En outre, nous pouvons ajouter que les accords d'Alger de juin 2015 prévoient le remplacement des autorités locales dans ces régions par des commissions intérimaires prévues par l'accord. Ce texte renferme l'idée une ambiguïté au regard de la gestion de ces collectivités. La prévision du remplacement d'une autorité légalement investie par une commission issue d'un accord politique fait ainsi état du retour inévitable de la question de la légitimité.

On peut constater que la Cour constitutionnelle malienne participe même à cette insertion controversée des accords de paix dans l'ordonnement juridique. Par un arrêt n° 2016-05/CC du 05 mai 2016 rendu sur une saisine de la Cour par l'opposition aux fins de se prononcer sur des griefs d'inconstitutionnalité reprochés à la loi n° 2016-11/AN-RM du 31 mars 2016

---

<sup>26</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 164.

<sup>27</sup> Accords d'Alger de 2015.

<sup>28</sup> Article 3 des accords d'Alger signé le 20 Juin 2015 entre le gouvernement du Mali et la Coordination des mouvements de l'Azawad (CMA).

portant modification de la loi n° 2012-007 du 7 février 2012 modifiée par la loi n° 2014-052 du 14 octobre 2014 portant Code des collectivités territoriales, la Cour constitutionnelle va systématiquement rejeter l'ensemble des griefs et déclarer ainsi conforme à la Constitution, la loi n° 2016-11/AN-RM du 31 mars 2016 portant modification de la loi n° 2012-007 du 7 février 2012 modifiée portant Code des collectivités territoriales.

Ces griefs se ramènent pour l'essentiel à la violation des articles suivants de la Constitution : article 98 sur le principe de la libre administration des collectivités territoriales ; articles 70 et 73 relatifs aux domaines respectifs de la loi et du règlement ; article 99 alinéa 4 relatif à l'obligation pour le gouvernement de saisir pour avis le Haut conseil des collectivités (HCC) de toute loi relative aux collectivités territoriales.

Au terme de cet arrêt, on peut relever des incohérences de la Cour quant à la question des accords politiques au regard du droit positif. Ainsi, le refus de statuer sur la violation de l'obligation constitutionnelle de consultation du Haut conseil des collectivités, le fait de déclarer l'opposition dénuée de qualité et d'intérêt à agir car il s'agit d'un conflit d'attributions ne concernant que deux institutions (le gouvernement et le Haut conseil des collectivités) et la volonté d'ériger l'accord d'Alger comme texte intégré dans le bloc de constitutionnalité témoigne non seulement de l'absence de rigueur dans le raisonnement de la Cour mais aussi d'une propension à se rallier au pouvoir en place. Alors que d'autres Cours constitutionnelles tentent d'échapper à l'orbite du pouvoir politique en se forgeant une véritable indépendance, la Cour constitutionnelle malienne a manqué l'occasion de démontrer sa crédibilité.

#### -Un bricolage institutionnel temporaire

La décentralisation née à partir des compromis politiques renferme l'idée du *bricolage*<sup>29</sup>. Cette idée du bricolage, en droit, est présente dans les travaux des professeurs François Ost et M. Van de Kerchove (il s'agit de l'utilisation au bénéfice du droit d'un concept qui apparaît, initialement, dans le cadre de l'anthropologie). Pour ces auteurs, les arrangements institutionnels sont fréquents au sein de l'État moderne et se présentent sous la forme du bricolage. De sorte, plusieurs de ces phénomènes révèlent des contradictions. Par exemple : « l'intégration sans l'assimilation, le fédéralisme, le personnel

---

<sup>29</sup> Dans la pensée de Claude Lévi-Strauss, le bricoleur est celui qui « est apte à exécuter un grand nombre de tâches diversifiées, mais à la différence de l'ingénieur, il ne subordonne pas chacune d'elle à l'obtention de matières premières et d'outils, conçus et procurés à la mesure de son projet : son universel instrument est clos, et la règle de son enjeu est de toujours s'arranger avec les moyens du bord », C. LEVY-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Plon éd., Paris, 1962, p. 27.

territorial, le principe de subsidiarité, la distinction entre nationalité et citoyenneté, autodétermination sans sécession... autant de figures de la complexité de l'État moderne, autant de tentatives d'articuler l'un et le multiple sans succomber à l'alternative ruineuse du grand tout homogène ou de la sécession archaïque »<sup>30</sup>.

Au Mali, ces mécanismes politiques révèlent le caractère vulnérable et éphémère de la décentralisation à l'aune de la question identitaire. C'est pourquoi les arrangements institutionnels ont vocation à permettre à l'État de contrôler le droit local, quitte à fragiliser le principe de libre administration.

### ***B. Le contexte d'émergence du contrôle du droit local***

Les différents travaux qui portent sur la décentralisation ont permis de mesurer le degré d'efficacité d'une décentralisation par l'analyse des modalités de mise en œuvre du principe de libre administration<sup>31</sup>. De fait, on peut retenir que ce principe ne devient effectif que lorsqu'une collectivité possède un cadre juridique institutionnel et financier adéquat<sup>32</sup>. Pourtant, dans le cas malien, les collectivités locales en général font l'objet de la part de l'État d'une délicate maîtrise juridique de ces actions et d'un cantonnement à la dépendance financière vis-à-vis du pouvoir central.

#### *1. La délicate maîtrise juridique des actions des collectivités locales par le pouvoir central*

Après une longue évolution centralisatrice, les États francophones de l'Afrique noire occidentales, par le biais de leurs administrations territoriales ont donc connu un nouveau souffle avec le processus de décentralisation dans les années 1990. Les Constitutions de ces États se sont chargées de marquer, à la fois, l'existence juridique des collectivités locales, mais également d'afficher une volonté tenant à l'octroi de l'autonomie locale se manifestant sous le vocable de « la libre administration »<sup>33</sup>. Ce renouveau devrait sans

---

<sup>30</sup> Sur ce point, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis éd., Bruxelles, 2002, p. 142.

<sup>31</sup> C. EISENMANN, *Centralisation et Décentralisation: Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ éd., Paris, 1948, p. 196.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales*, Economica éd., Paris, 1993, p. 130.

doute bousculer les conceptions fortement unitaires de l'État<sup>34</sup> tout en faisant, désormais, place à l'applicabilité de la séparation verticale des pouvoirs<sup>35</sup>.

Le Mali s'est inscrit dans ce contexte constitutionnel où « les collectivités s'administrent librement par les conseils élus et dans les conditions fixées par la loi »<sup>36</sup>. Il faut donc entendre par cette disposition la possibilité pour les collectivités d'avoir ce que l'on pourrait qualifier d'« administration propre »<sup>37</sup>. Cependant, on est tenu d'admettre la complexité sémantique de la libre administration. Celle-ci peut être considérée comme une immunité, voire une franchise<sup>38</sup>, une jouissance<sup>39</sup>, une indépendance<sup>40</sup>, ce principe ne manque pas de définitions variées. Toutefois, on peut retenir la définition de C. Bacoyannis dès lors qu'elle met l'accent de façon synthétique surtout à la fois sur l'aspect humain et juridique. Pour lui, « la libre administration est l'affirmation selon laquelle, des communautés humaines qui sont définies par leur rattachement à une portion du territoire par rapport auquel est définie la communauté nationale ont vocation à maîtriser tout ce qui constitue leurs propres vies »<sup>41</sup>.

Dans le cas de l'État unitaire malien, le plus souvent, cette spécificité humaine est absorbée par la législation de la décentralisation, car celle-ci doit postuler pour le rattachement d'une collectivité au pouvoir central. On ne

---

<sup>34</sup> R. COVERNIN, « Sous-développement et sous-administration : interfaces et accélération », *Revue Française de Science Politique*, 11<sup>ème</sup> année, n° 3, 1961, p. 684-690.

<sup>35</sup> « Il est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. Il va jusqu'à ce qu'il trouve les limites », MONTESQUIEU, *De l'esprit des Loix*, Nathan éd., Paris, 1999, p. 104.

<sup>36</sup> Art 98 de la Constitution malienne du 12 janvier 1992.

<sup>37</sup> J. SOLA, « Autonomie » in D. de ROUGEMONT (dir.), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 22-23.

<sup>38</sup> A. TUETÉY, *Étude sur le droit municipal en Franche comté et en particulier à Montbéliard*, Montbéliard éd., 1864, p. 189.

<sup>39</sup> La jouissance au sens de celui qui n'est pas un esclave.

<sup>40</sup> F. BRUNO, *Histoire de la langue française, des origines à 1905*, Armand Colin éd., Paris, Tome 6, p. 128.

<sup>41</sup> C. BACUYANNIS, *Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales*, op. cit., p. 130. Selon cet auteur, la décentralisation-liberté représente une notion qui a prévalu longtemps, c'est d'ailleurs cette célébrité sémantique mais non connue qui a inspiré le constituant français de 1946 dans la proclamation du principe de libre administration. Eu égard de l'objectif constitutionnel de mettre l'accent sur la liberté, le principe de libre administration avait pour objectif essentiel de créditer les collectivités d'une autonomie voire d'une liberté au même rang que les autres libertés publiques. Ainsi, la décentralisation-liberté s'opposera à la décentralisation administration sans faire de bruit.

saurait nier que durant toute la période postindépendance l'autonomie locale reconnue par divers textes n'a jamais pu avoir une portée pratique. La Constitution se chargeant très souvent de confier la compétence décentralisatrice au pouvoir législatif ; ce qui confirme une fois de plus l'intervention de l'État pour faire plier les collectivités locales chaque fois qu'il est question d'autonomie. C'est pourquoi d'ailleurs l'État accorde une prépondérance à la décentralisation technique plutôt qu'à celle territoriale.

Pour rappel, la décentralisation est dite *technique* « quand elle porte sur une tâche déterminée par sa nature particulière et individualisable, et consisterait à détacher d'une collectivité un service ou un ensemble de services spécialisés et à en faire assurer la gestion par une institution spécialisée »<sup>42</sup>, alors que la décentralisation est dite territoriale lorsqu'elle se met en œuvre dans le cadre de l'administration du territoire : « elle consiste à individualiser une collectivité humaine, circonscrite sur une partie du territoire et à la charger de gérer l'ensemble de ces affaires propres ». C'est donc une décentralisation qui transcende du simple cadre administratif, si bien qu'elle comporte une dimension politique. Qualifiée de « décentralisation-liberté »<sup>43</sup> selon C. Bacoyannis ou de « décentralisation démocratique »<sup>44</sup>, selon Tocqueville ou de « décentralisation constitutionnelle »<sup>45</sup> selon Hauriou, elle met en exergue la dimension humaine de la collectivité locale, ce qui n'est pas forcément pas approuvé par le pouvoir central.

Il est évident que si la décentralisation territoriale et technique cohabite, les deux notions ne renvoient pas une signification analogue, mise à part qu'elles entraînent un mouvement similaire, à partir du centre jusqu'à la périphérie. Or, selon Bacoyannis il convient de « comprendre » la double dimension de la décentralisation territoriale : celle « politique » conçue comme une liberté, et celle « administrative » qui en fait un principe d'organisation administrative<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> D. SY, *Droit administratif*, 2 -ème éd revue, corrigée et argumentée, Credila et L'Harmattan éd., Sénégal, 2014, p. 172.

<sup>43</sup> C. BACOYANNIS, *Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales*, op. cit.

<sup>44</sup> L. GUELLEC, *Tocqueville et les langages de la démocratie*, Honoré Champion éd., Paris 2004, 445 p.

<sup>45</sup> F. FOUNIE, *Recherche sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, op. cit.

<sup>46</sup> On pourrait évoquer à cet égard, l'avis du Conseil d'État français du 10 octobre 2002, dans lequel ce dernier dit que « la décentralisation est un terme administratif dépourvu de signification normative », Voir aussi, M. VERPAUX, « Une République

C'est pourquoi, au Mali, l'attachement à la décentralisation fonctionnelle plutôt qu'au territoire est marqué par la crainte d'une large liberté des collectivités locales. De fait, les Constitutions successives maliennes font état d'une continuité quant à l'inscription constitutionnelle des collectivités locales et ceci sans pour autant sortir de l'archaïsme juridique dans lequel ces dernières sont embarquées. Ainsi, il est possible d'adhérer à l'analyse effectuée par G. Protière relative à la régularité des comportements du constituant vis-à-vis des structures territoriales en France. Pour cela, il se fonde principalement sur la « théorie des contraintes » développée par l'école de Nanterre<sup>47</sup>. Pour G. Protière : « Chaque fois que le constituant entend faire table rase du passé pour fonder un nouveau régime, il a le réflexe de commencer son œuvre par les assises territoriales du régime. Bien qu'elle puisse surprendre, puisque les organes constituants sont en général présentés comme étant entièrement libres de leur action, il semble pourtant y avoir là une certaine régularité de comportement du constituant, un peu comme si cette thématique s'imposait à lui, qu'il devait impérativement tenir compte dans son œuvre »<sup>48</sup>.

Ainsi, le rapport entre la Constitution et les collectivités locales semble être placé sous le signe de la contrainte de sorte que le constituant ne peut se défaire de leur existence. Ces contraintes ont vocation à satisfaire diverses exigences telles que le réagencement du système normatif ou la prise en compte d'une donnée naturelle. La théorie des contraintes est particulièrement intéressante dans l'analyse de l'autonomie des collectivités

---

décentralisée, un sénat renforcé, la région consacrée, et la démocratie locale instituée », *JCP, Administrations et collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, p. 96.

<sup>47</sup> Selon la théorie des contraintes, divers facteurs peuvent expliquer une décision de justice. Elle se fonde ainsi sur l'hypothèse selon laquelle, à côté des facteurs extra-juridiques, il y a des facteurs internes résultant de la configuration de chaque système juridique. Enfin, cette théorie entend résoudre le paradoxe lié à l'utilisation du pouvoir par les acteurs juridiques ; M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 216 p.

<sup>48</sup> G. PROTIERE, « collectivités territoriales et Constitution, une mention pour rien ? », *Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel*, 2007, p. 247-277. « C'est le cas de la III<sup>ème</sup> République qui s'empare de la question départementale dès 1871 (loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, *JORF*, 29 août 1871, p. 3041) et de la question communale dès 1884 (loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale dite « grande charte des communes de France », *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557).

locales maliennes dans la mesure où elle se propose d'aborder un point de vue empirique les causes des choix normatifs<sup>49</sup>.

En effet, dans un contexte identitaire, l'analyse de ces choix normatifs reste indispensable. Si, dans le contexte français, ces contraintes sont conçues comme une obligation et une source de promotion de l'autonomie locale il apparaît que la Constitution malienne inscrit les collectivités locales sous l'égide de considérations politiques et ceci sans que cette inscription emporte véritablement la conviction.

Pour illustrer ce propos, nous faisons référence à l'aptitude traditionnelle des collectivités locales tendant à établir des « conventions locales ». Nous savons que ces « conventions locales » constituent de solides outils pour les collectivités locales dans la gestion des ressources naturelles dès lors que le *vide juridique* se constate assez facilement<sup>50</sup>. Aussi légitime et louable que demeurent ces types de conventions, elles connaissent, cependant, des limites quant à leur application. Ainsi, bien que les collectivités locales soient inscrites dans la Constitution, le pouvoir central se sort très souvent de ces « conventions locales » en refusant de reconnaître une valeur juridique à ces dernières. Une autre solution utilisée par l'État consiste à procéder à des interprétations contradictoires du statut juridique de ces conventions et ceci dans l'optique de les rejeter<sup>51</sup>.

Un autre exemple saillant de cette restriction du champ d'action des collectivités locales reste la difficile mise en œuvre de l'accord politique issu du processus d'Alger qui envisageait un renforcement du principe de libre administration des régions Nord.

---

<sup>49</sup> M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant éd., Bruxelles, 2005 p. 63.

<sup>50</sup> L'approche la plus courante d'élaboration des conventions locales chargées de réguler les ressources naturelles d'une collectivité locale consiste à s'appuyer sur l'ensemble des normes du système juridiques (Constitution, loi, règlement, etc.) relatives à la gestion des ressources naturelles. De fait, cela n'empêche de constater un *vide juridique* à partir duquel se forme le document formalisé de la convention locale.

<sup>51</sup> « Il existe une multiplicité de contraintes diverses natures expliquant les limites révélées, tant dans l'élaboration, la mise en œuvre que le suivi des conventions locales : limites méthodologiques, instabilité juridique, faible diffusion et mauvaise maîtrise des dispositions des conventions par les acteurs, exclusions de certaines couches entraînant quelques fois quelques conflits, manque de suivi, etc. Elles sont toutes importantes et toute hiérarchisation relèverait d'une gageure ; toutefois, l'imprécision qui entoure le statut juridique des conventions semble être à l'origine de leur précarité, s'exprimant à travers les remises en cause perpétuelles », M. DJIRE et A.K. DICKO, *Les conventions locales face aux enjeux de la décentralisation au Mali*, Karthala éd., Paris, 2007, p. 158-159.

Cet accord politique prévoyait une toute nouvelle architecture, en permettant aux populations de ces régions de gérer leurs propres affaires sur la base du principe de libre administration. En revanche, sa mise en pratique demeurait hypothétique. Deux ans après la signature de cet accord, les mouvements politiques des régions Nord (CMA et plateforme) ont dû saisir par écrit le premier ministre et le président du comité de suivi de l'accord visant à ce que l'État tienne ses engagements lors de la signature de celui-ci. L'article 6 de cet accord est particulièrement intéressant puisqu'il met l'accent sur la possibilité pour les citoyens des régions Nord du Mali de gérer leurs propres affaires sur la base du principe de libre administration. Certes, il n'est pas évident de fonder le droit de la décentralisation sur ces accords politiques et balayer ainsi les institutions et règles d'un revers de la main. Néanmoins, même si l'État ne donne pas une traduction juridique à toutes les revendications des régions Nord, il ne peut se désengager de la « promesse »<sup>52</sup> d'autonomie dont il est à l'origine et ceci en employant des manœuvres visant à restreindre l'action des collectivités locales d'une manière générale.

## 2. La permanence d'une dépendance financière

Dans les relations États-collectivités locales, on assiste à la permanence de la dépendance financière.

Sur le plan des moyens, le principe de libre administration implique la libre mobilisation et l'autonomie de gestion des moyens financiers, matériels et humains. Dès lors, il revient à l'organe délibérant de la collectivité d'assurer l'exécution de ces moyens<sup>53</sup>. L'autonomie financière est ici primordiale dans la mise en œuvre efficace décentralisation. Une collectivité locale ne saurait ainsi s'administrer sans détenir des moyens d'action financiers propres. La doctrine dominante en fait même un principe essentiel de la libre administration des collectivités locales<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Sur cette question cf. l'ouvrage remarquable de P. de LUCIA sur l'ontologie de la promesse en droit : *L'universale della promessa*, Giuffrè éd., Milano, 1997.

<sup>53</sup> Art. 61 à 72 du Code des collectivités territoriales du 2 octobre 2017.

<sup>54</sup> « La libre administration peut aussi se trouver mise en cause par une réduction excessive des ressources affectées aux collectivités ». Selon P.M. GAUDEMET et J. MOLINIER, « La décentralisation est purement apparente si la collectivité locale n'a pas de liberté financière réelle, même si elle a des compétences juridiques étendues... En fait, le degré d'autonomie, et par là même la mesure de la décentralisation, dépendent de l'aménagement des finances locales, plus que de l'ampleur des matières qui relèvent de la compétence des autorités locales ou du statut juridique de ces autorités » ; *Finances publiques*, Tome 1, Budget, trésor, Montchrestien éd., Paris, 1996, p.176. De plus, le rapport de Jean-Pierre BRUNEL met clairement en évidence

Or, cet objectif essentiel d'autonomie financière est loin d'être atteint pour les collectivités locales maliennes. La dépendance financière est même devenue le corollaire des transferts de compétences vers les collectivités locales. Deux observations principales semblent expliquer cette situation. En premier lieu, il est clair que cet état de fait est engendré par l'absence d'une définition satisfaisante de la part du législateur. En second lieu, il est évident que l'autonomie financière fait particulièrement défaut aux collectivités locales. C'est ainsi en raison de l'absence d'un tel pouvoir financier engendré par le spectre de l'État unitaire que la libre administration est non seulement lacunaire, mais illusoire.

a. L'assimilation entre transfert de ressources et autonomie financière

Bien que l'autonomie financière soit au centre des préoccupations des pouvoirs publics, on lui prête encore son caractère imprécis, vague, envahissant, flou. Elle se situe, en effet, à plusieurs échelles<sup>55</sup> et ceci selon qu'elle s'adresse à des organismes dotés de la personnalité morale (ou non), à des établissements publics ; voire même à des entreprises du secteur public. Dès lors, la notion a suivi une curieuse destinée qui n'a pas manqué de brouiller les pistes du législateur et a mené la doctrine à se contenter des définitions assez superficielles, voire contradictoires<sup>56</sup>. C'est principalement le sort de la notion en France où un auteur comme R. Hertzog est allé jusqu'à admettre que si la notion fait consensus quant à son objectif, elle demeure problématique surtout quand on essaye de l'enfermer dans une définition juridique. À ce moment-là, elle devient même pétrie de contradictions<sup>57</sup>.

« On peut, en effet, décrire longuement les multiples facettes de l'autonomie financière, en énumérer les conditions indispensables, mais personne n'a réussi à la mettre dans une définition ramassée, apte à produire

---

cette nécessité de l'autonomie financière des collectivités locales françaises « Il n'existe aucune véritable décentralisation sans une réelle autonomie financière, fondement de la capacité d'initiative, de l'efficacité de gestion, de la lisibilité des actions publiques et finalement de la responsabilité démocratique locale, mais une véritable décentralisation, c'est aussi un vecteur décisif pour la réforme de l'État français ». *RAPPORT JEAN-PIERRE BRUNEL AU CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, L'avenir de l'autonomie financière des collectivités locales*, 2001.

<sup>55</sup> A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Economica éd., Paris, 1995, p. 45.

<sup>56</sup> Les divergences doctrinales sont nombreuses à l'égard de la notion. Quand certains préconisent une constitutionnalisation, G. DRAGO, « La nécessaire consécration constitutionnelle d'un pouvoir fiscal des collectivités territoriales », in *Mélanges Jacques Moreau*, Economica éd., Paris, 2002, p. 125-137 ; d'autres préviennent contre l'ambiguïté d'une telle constitutionnalisation, R. HERTZOG, « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA*, 2003, p. 548.

<sup>57</sup> *Ibid.*

par elle-même des effets normatifs. Elle est à la fois la liberté de choisir les dépenses, celle de décider et de les exécuter, la liberté de fixer le régime des recettes ou certains aspects de certaines recettes (le tarif des prix, les taux de l'impôt ou aussi leur assiette), la possibilité de choisir les modes de gestion, la capacité de déterminer librement le niveau et les types d'endettement, l'existence des transferts justement calculés<sup>58</sup>.

D'un point de vue pratique, pour le législateur et la doctrine, il semble nécessaire dans une perception stratégique de ne pas définir clairement la « notion » et donc d'empêcher qu'elle ne soit enfermée dans sa précarité qui permettrait à la collectivité locale de s'opposer fortement à l'État dans la gestion, le budget et la fiscalité.

Pour le législateur malien, l'équation semble simple *a priori*. En effet, la notion d'autonomie financière de même que les finances locales trouvent leur source dans l'article 70 de la Constitution (selon lequel le législateur détient l'exclusive compétence pour déterminer les finances des collectivités locales, les autres textes tels que le Code des collectivités ne constituent que des modalités d'application). La loi étant ainsi à l'origine de toute forme d'autonomie, qu'elle soit administrative ou financière, la notion d'autonomie financière se confond avec celle de transfert de compétences et de ressources. Cette expression est récurrente dans le discours du législateur malien. Il est issu de la loi du 11 février 1993 qui établissait le principe de libre administration des collectivités locales. Selon l'esprit de cette loi, le transfert est le corollaire naturel du principe de libre administration, car l'unité de l'État ne peut donner une autre signification à ce principe si ce n'est qu'il conduit l'État à transférer une portion de ses compétences aux collectivités sans pour autant se démembrer. Cependant, cette expression « transfert de compétences et de ressources » apparaît suffisante, vague et générale de sorte qu'elle inclue à la fois une signification administrative et financière. L'article 14 de cette loi du 11 février 1993 indique en ce sens que « Tout transfert de compétences à une collectivité doit être accompagné du transfert concomitant par l'État à celle-ci des ressources et moyens nécessaires à l'exercice normal de ses compétences »<sup>59</sup>.

D'une manière générale, les transferts de compétence de l'État vers les collectivités locales supposent l'existence de compensations. Il s'agit d'établir des garanties de la part de l'État et au transfert simultané et

---

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Article 14 de la loi n° 93-008 du 11 février 1993 déterminant les conditions de la libre administration des collectivités territoriales.

proportionnel des moyens suffisants à l'exercice des compétences transférées<sup>60</sup>.

S'agissant du cas malien de transfert de compétences et de ressources, on peut constater de nombreuses lacunes. Ainsi, on peut noter que le législateur malien n'a jamais pris le soin de préciser les contours du transfert des ressources.

Pour illustrer notre propos, nous pouvons donner l'exemple de l'ineffectivité des transferts de ressources aux collectivités locales depuis l'amorce de la décentralisation. C'est ainsi que la politique des transferts de compétences et de ressources est apparue comme un espoir dilatoire pour les collectivités locales. Les communes ont certes pu bénéficier d'un dispositif national, le programme d'appui aux collectivités territoriales (PACT) comprenant un volet financier (ANICT<sup>61</sup>) et technique (CCC<sup>62</sup>). Cependant, ces dispositifs permettant le transfert des compétences se sont vite révélés problématiques pour l'État. Ainsi, ces programmes étaient pour la majorité financés par les bailleurs de fonds internationaux, l'État en a profité pour maintenir la dépendance financière des collectivités locales à son égard.

Ce faisant, l'État contraint les communes à se regrouper au niveau des « cercles » pour former des ensembles<sup>63</sup>. Sans préciser les contours de tels regroupements, l'injonction de l'État comportait implicitement une menace la

---

<sup>60</sup> Pour P. Combeau, on retrouve parmi ces compensations, la compensation financière qui reste la plus connue, en particulier depuis 2003 inscrite dans le texte constitutionnel (art. 72-2). On retrouve également les compensations matérielles par le transfert des services déconcentrés de l'État ainsi que les compensations humaines par celui des agents publics ; P. COMBEAU, « Transferts de compétences et fonction publique » in J.-F. BRISSON (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales* organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan éd., Paris, 2009, p. 489.

<sup>61</sup> Il s'agit de l'Agence nationale d'investissement des collectivités territoriales (ANICT) qui fait figure d'intermédiaire entre les aides extérieures et les collectivités territoriales. Ainsi, pour répondre aux conditions d'octroi d'aide de la part des bailleurs de fond internationaux, dans le cadre de l'appui à la décentralisation, les communes doivent d'une part déposer des projets faisant l'objet d'une contribution des populations concernées, et d'autre part, ces projets doivent être en adéquation avec les priorités définies au niveau national.

<sup>62</sup> Les Centres de conseils communaux (CCC) ont été créés en 2001 en vue de combler le déficit de compétences des élus tel que le manque de personnel, l'analphabétisme de certains maires. Financés jusqu'en 2007, ces centres ont été supprimés au plus grand regret des conseils communaux.

<sup>63</sup> Cette organisation territoriale se rapproche du modèle allemand au sein duquel les communes et les districts sont sous la tutelle juridique et financière des *Länder*.

menace résidant dans la suspension des transferts de compétences et de ressources au profit de ces collectivités.

En outre, si le transfert de compétences doit accompagner le transfert de ressources, il reste que cette notion ne coïncide pas avec celle d'autonomie financière. Le transfert suppose, sans doute, la faculté offerte au pouvoir central de consentir au partage et à l'idée de faire profiter les collectivités des ressources nécessaires à leur fonctionnement. Or, l'autonomie financière implique toute autre chose. Elle s'entend comme la pierre angulaire de toute décentralisation. Elle va ainsi plus loin que le simple transfert. La doctrine administrative malienne s'est cependant contentée de rappeler les préceptes du législateur en la matière sans, pour autant, apporter des éclaircissements. Pour le professeur Sall, un transfert réel des ressources de l'État aux autorités locales suffit à mesurer la réussite de la décentralisation<sup>64</sup>. De la même manière, pour A. Alkadi, les collectivités locales ne peuvent s'épanouir que dès lors que l'État procède véritablement aux transferts de compétences accompagnés de transfert de ressources<sup>65</sup>.

Cependant, si les termes « transfert » et « autonomie » entretiennent un lien certain ils sont sémantiquement différents. Ainsi, l'autonomie désignerait au sens large, « la possibilité pour une collectivité infra-étatique d'habitants définie par son assise géographique, de régler elle-même dans l'intérêt de ces derniers, les affaires qui leur sont communes en raison de l'appartenance à cette collectivité »<sup>66</sup>. Ramenée à l'élément financier, l'autonomie financière implique une possibilité de déterminer les mécanismes financiers de la collectivité par elle avec toutefois le contrôle de l'État. En revanche, la notion de transfert renvoie davantage à la répartition qui est nécessaire dans un système décentralisé<sup>67</sup>. De fait, on sait que cette transférabilité dans un État unitaire comme celui malien se heurte très souvent à des objections techniques et politiques.

---

<sup>64</sup> A. SALL, *Le Pari de la décentralisation au Mali*, Sodifi éd., Bamako, 1993, 164 p.

<sup>65</sup> A. ALKADI, *La Politique de la décentralisation au Mali*, Thèse, Paris II, 2007, 307 p.

<sup>66</sup> N. KADA, R. PASQUIER, C. COUTECUISSE, et V. Aubelle (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Berger-Levrault éd., Boulogne-Billancourt, 2017, p. 95. Selon R. Hertzog : « Toutefois, cette définition ne prend de sens juridique que par rapport au cadre institutionnel dans lequel elle s'insère et à la normativité des actes accomplis dans le règlement des affaires locales », R. HERTZOG, « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », *Mélanges Paul Amserek*, Bruylant éd., Bruxelles, Belgique, 2005.

<sup>67</sup> J.-J. KEGELART, « Décentralisation, la répartition nécessaire », *Revue administrative*, n° 330, novembre 2002, p. 646-647.

Comme B. Meunier le démontre : « Le seul fait de vouloir transférer une compétence ne suffit pas à pouvoir le faire. Des transferts demandés ou envisagés se trouveront alors impossibles à réaliser. Sur le plan technique, il apparaît que seul l'État maîtrise pleinement la capacité à agir que n'ont pas les collectivités territoriales. L'exemple le plus saillant demeure le pouvoir d'expertise de l'État<sup>68</sup>... Sur le plan politique, il existe des domaines dont il n'est pas souhaitable par l'État de transférer aux collectivités territoriales. L'exemple là aussi demeure les (compétences régaliennes<sup>69</sup>)<sup>70</sup>.

Par ailleurs, la confusion entre transfert de ressources et autonomie financière met en lumière la difficulté pour les collectivités locales maliennes de disposer d'une autonomie financière telle que l'entend la doctrine dominante.

Quelques exemples suffisent pour s'en rendre compte.

Selon J.-C. Maitrot, « pour qu'une collectivité décentralisée puisse être considérée comme dotée de l'autonomie financière, il faut qu'elle soit détachée de l'État par sa constitution en personne morale distincte, dotée d'un budget propre, qu'elle dispose de ressources propres, qu'elle ait une vie financière indépendante, ce qui implique une souveraineté normative dans le domaine de la gestion financière et la prohibition des contrôles paralysants »<sup>71</sup>.

Cette condition de la personnalité morale « distincte » est très souvent remplie que ce soit dans le cas de la décentralisation territoriale ou même dans celui de la décentralisation fonctionnelle. À cet égard, certains auteurs comme F. Labie ont considéré que si la personnalité morale n'est pas détachable de la collectivité locale, il est évident que l'autonomie juridique ne retrouve pleinement son sens que si elle est accompagnée de l'autonomie financière. « L'autonomie financière est l'accessoire indispensable à la personnalité morale de l'institution décentralisée. Il faut en outre que les collectivités locales soient dotées d'une certaine autonomie financière sans laquelle l'autonomie juridique risquerait de n'être qu'une coquille vide. Seule cette autonomie financière peut rendre effective l'autonomie juridique »<sup>72</sup>.

Force est de constater que même si l'autonomie financière ne peut être pleine et entière, même dans les cas où elle se trouve explicitement garantie

---

<sup>68</sup> B. MEUNIER, *Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques*, Thèse de doctorat, Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, 2007, p. 10-11.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> J.-C. MAITROT, *Recherches sur la notion d'autonomie financière en droit public*, Thèse de doctorat, Université de Paris I. 1972, p. 120.

<sup>72</sup> F. LABIE, *Finances locales*, Dalloz éd., Paris, 1995, p. 5.

sur le plan constitutionnel : comme en Allemagne pour les communes, et en Italie et en Espagne pour les régions, en ce sens que l'État pèse toujours dans les dépenses locales<sup>73</sup> elle ne saurait être cependant confondue avec transfert de ressources. Cette confusion tend à expliquer la restriction du pouvoir financier des collectivités locales.

b. La restriction du pouvoir financier des collectivités locales

-Les limites d'ordre général au pouvoir financier des collectivités dans l'État unitaire

Le pouvoir financier des collectivités locales (dans un État unitaire ou composé) est un sujet ayant particulièrement occupé la doctrine administrative et plus largement constitutionnelle. L'autonomie financière étant une notion s'invitant en force dans le débat, il était alors intéressant pour certains auteurs de s'appuyer sur une telle notion pour clarifier le développement du pouvoir financier local.

C'est dans le cadre de l'État unitaire que se pose, véritablement, la question de sa restriction pour les collectivités locales. En effet, au sein de l'État fédéral, on pourrait concevoir une indépendance financière des États fédérés qui détiennent la souveraineté interne<sup>74</sup>. Par conséquent, le pouvoir financier des collectivités locales, dans un État unitaire, s'inscrit dans une réglementation financière générale dont l'impulsion est nécessairement donnée par la loi nationale. Ainsi, les collectivités locales ne peuvent pas, par exemple, décider de ne retenir que des budgets pluriannuels. De même, sur le plan fiscal, elles ne peuvent disposer du pouvoir de déterminer l'assiette, le taux ou les modalités de recouvrement de l'impôt en dehors des habilitations prévues par la constitution ou la loi.

À titre d'exemple, en France, les collectivités locales sont subordonnées à la Constitution et au législateur concernant les questions financières<sup>75</sup>. Néanmoins, il convient de préciser que malgré ces exigences, ces

---

<sup>73</sup> J. BLANC, *Finances locales comparées*, LGDJ éd., Paris, 2002, p. 145.

<sup>74</sup> Selon E. Oliva, « L'autonomie financière ne signifie pas l'indépendance financière mais elle pourrait à l'extrême être, théoriquement du moins, conçue ainsi. L'indépendance financière aboutirait en ce cas à reconnaître que les collectivités territoriales sont des collectivités souveraines, ce qui n'est guère compatible avec la théorie de l'État unitaire, mais pourrait se concevoir dans le cadre du fédéralisme reconnaissant aux États fédérés une souveraineté interne s'exprimant juridiquement par l'existence d'une constitution formelle », E. OLIVA, « La conception de l'autonomie financière locale. Quel contenu ? Quelle effectivité ? » in M. LEROY, *L'autonomie financière des collectivités territoriales*, Economica éd., Paris, 2017, p. 92.

<sup>75</sup> *Ibid.*

collectivités locales détiennent un pouvoir résiduel de réglementation qui prévoit en dehors des textes des plans pluriannuels d'investissements ou une présentation budgétaire par objectifs qui se réalisent ainsi en marge des textes, mais avec le respect de l'esprit des principes posés par la loi<sup>76</sup>. Cela montre clairement que des aménagements peuvent exister concernant le pouvoir financier des collectivités locales. C'est, en somme, l'objectif qui est assigné à la révision constitutionnelle de 2003 qui a donné valeur constitutionnelle à l'autonomie financière. En droit constitutionnel comparé, les exemples ne manquent pas. Certaines Constitutions : celle de l'Espagne (art. 142 et 156)<sup>77</sup>, de la Grèce (art. 102)<sup>78</sup>, de l'Italie (art. 119)<sup>79</sup> ou du Portugal (art. 6 et 238)<sup>80</sup> reconnaissent ainsi le principe d'autonomie financière et laissent le soin de la précision à une loi organique ou une loi ordinaire. En somme, même si les collectivités locales de ces États restent tributaires de la loi ou du constituant elles ont pu, au fil du temps, bénéficier des aménagements tendant à s'approprier les décisions locales financières.

-L'ineffectivité du pouvoir financier des collectivités locales maliennes

Au Mali, les ressources des collectivités territoriales semblent assez diversifiées<sup>81</sup>.

Cette diversification des ressources a une portée théorique. La pratique démontre malheureusement une autre tendance à l'égard des ressources des collectivités territoriales. En effet, la plupart des ressources proviennent des dotations de l'État qui en constituent même l'essentiel. Par conséquent, la part des ressources propres ou locales est fortement limitée dans le fonctionnement des collectivités. Bien que ces ressources locales aient sensiblement augmenté depuis les années 2007, elles restent peu élevées et surtout n'arrivent pas à satisfaire l'ensemble de leur dépense.

---

<sup>76</sup> C'est ainsi que la loi Notre du 7 août 2015 institue une certaine liberté en faveur de la région qui doit décider des politiques de développement.

<sup>77</sup> Article 142 et 156 de la Constitution espagnole 29 décembre 1978.

<sup>78</sup> Article 102 de la Constitution grecque du 11 juin 1975.

<sup>79</sup> Article 119 de la Constitution italienne du 1er janvier 1948.

<sup>80</sup> Article 6 et 238 de la Constitution portugaise du 25 avril 1976.

<sup>81</sup> Selon l'article 248 de la loi n° 2017-05 du 2 octobre 2017 : « Les ressources des collectivités territoriales se composent : // 1-des ressources fiscales qui comprennent : // -les impôts d'Etat transférés aux collectivités territoriales ; // -les impôts et taxes locaux directs ; // -les impôts et taxes locaux indirects ; // 2-des produits par nature qui comprennent : // -les produits d'exploitation ; // -les produits financiers ; // -les revenus du domaine ; // -les redevances ; // 3-des ressources budgétaires qui sont constituées des dotations et subventions spéciales de l'Etat aux collectivités territoriales ; // 4- le produit des emprunts autorisés qui sont exclusivement destinés au financement des investissements ; // 5- des dons et legs.

De plus, ces dépenses sont essentiellement destinées au fonctionnement de ces collectivités telles que celles s'attachant au personnel qui sont estimées entre 60 et 80 % des dépenses totales des régions. Si les dépenses restent plutôt des dépenses de fonctionnement, il n'est pas étonnant de constater que les dépenses d'investissement sont encore très minimes au regard des objectifs assignés à la politique de décentralisation. Il faut bien voir que les dépenses de ces collectivités sont qualifiées à tort de dépenses d'investissement par l'État. Il s'agit, par exemple, de la construction d'infrastructures, d'ouvrages publics ou l'acquisition de matériels. Même si les dépenses de ce type sont qualifiées d'investissements, en réalité, leur objet premier reste le fonctionnement.

Nous pouvons illustrer ceci par les pratiques habituelles de ces collectivités consistant à orienter les recettes perçues sur les infrastructures locales vers le fonctionnement des services locaux plutôt que de contribuer au développement local. C'est d'ailleurs cette raison qui explique le faible développement de la fiscalité locale.

Un aspect tout aussi important et illustratif de la limitation du pouvoir financier des collectivités territoriales demeure la complexité de la fiscalité locale. Les critiques dont fait l'objet cette fiscalité locale s'articulent généralement autour des questions liées à l'organisation de la chaîne d'émission et au recouvrement des impôts et taxes locaux ; sont également mis en cause la faiblesse de coordination entre les services chargés de ces missions, l'incivisme fiscal, l'insuffisance des moyens matériels et financiers des services chargés de ces missions etc. Devant cette situation qui reste chaotique, on assiste très souvent à l'intervention mitigée des élus qui se chargent eux-mêmes du recouvrement des impôts dans le sens où ils sont à la fois prescripteurs et percepteurs. De fait, il subsiste une mauvaise attribution des rôles qui favorise l'incivisme fiscal et pousse ainsi les contribuables locaux à se désolidariser du fonctionnement des instances locales.

Cette carence fiscale inhérente au fonctionnement des collectivités locales maliennes présente, naturellement, un risque d'endettement qui se fait de plus en plus manifeste. Étrangement, la comptabilité publique semble ignorer cette problématique. De fait, les finances locales montrent de véritables déficits. Alors que les collectivités locales sont censées recourir à des emprunts de manière occasionnelle, c'est l'effet inverse qui se produit de sorte qu'elles se sont vues accusées d'endettement ce qui a pour effet d'engendrer un retard des paiements dans les dépenses de fonctionnement ; plus inquiétant, elles recourent de plus en plus aux emprunts extrabudgétaires et informels inconnus de la comptabilité publique.

Par ailleurs, le rôle des institutions étrangères reste capital dans l'élaboration même de la politique de décentralisation au Mali<sup>82</sup>. Ces institutions, principalement la Banque mondiale et le Fonds monétaire international, qui sont appelées sous le terme générique « institutions de Brettons Woods » elles interviennent dans les pays en développement sur la base d'un plan d'ajustement structurel réduisant les déficits budgétaires. De par ces objectifs, elles ont la possibilité d'orienter les budgets des États, d'établir les équilibres macro-économiques (balance de paiement et inflation). En matière de décentralisation, il y a forcément une superposition des rôles touchant au plus profond l'autonomie financière des collectivités locales. Ainsi, dans l'esprit du transfert des compétences et des ressources, le degré d'efficacité de la décentralisation se mesure à travers la contribution financière de l'État aux collectivités décentralisées. Or, l'intervention de ces « institutions de Bretton Woods » a pour objectif principal la réduction des dépenses de l'État y compris celles effectuées pour le compte des collectivités décentralisées.

En ce sens, J. Félix remarque avec une certaine pertinence : « Une politique de décentralisation est vivement encouragée par les institutions de Brettons Woods, car elle doit permettre à l'État un allègement de ses structures et une meilleure utilisation des moyens à disposition, donc la diminution de ses coûts de fonctionnement. Ces objectifs sont indéniablement utiles ; mais ces institutions semblent oublier les investissements inhérents à la mise en place de cette politique. Or, dans le cas du Mali, la constitution de l'ensemble des institutions décentralisées demandera des moyens humains, matériels et financiers importants. Des moyens humains et matériels, car la mise sur pied de pouvoirs locaux capables d'assumer les tâches de développement ne peut se faire sans la formation des cadres, l'information et la formation des élus et des citoyens et à la mise à disposition d'un ensemble de moyens matériels aux nouvelles institutions. Des moyens financiers, car la formation des différentes institutions décentralisées demandera la création de budgets locaux (au niveau des régions, cercles et communes) financés, partiellement tout au moins, par l'État<sup>83</sup>.

-De la politique de décentralisation à une logique de marché

On comprend dès lors que l'intervention de ces institutions financières constitue une « justification » politique de la dépendance financière des collectivités locales à l'État. L'objectif même de transfert des compétences et

---

<sup>82</sup> A. ALKADI, *La politique de décentralisation au Mali*, *op. cit.*

<sup>83</sup> J. FELIX, « L'élaboration de la politique de décentralisation au Mali : des logiques plurielles », *op. cit.*

des ressources de l'État vers les collectivités décentralisées prend ainsi un sérieux coup : en effet, la multiplication des décideurs sur le budget de l'État empêche toute indépendance de ce dernier quant à l'élaboration de sa politique souhaitée de décentralisation. De fait, si ce transfert de ressources est mis à mal, il s'en suit, naturellement, une restriction du pouvoir financier de l'État et par ricochet celui des collectivités locales. C'est pourquoi, même avec un taux de recouvrement élevé, les recettes générées à l'échelon local par les taxes et impôts locaux ne peuvent poursuivre le développement en raison de l'influence exercée par les « institutions de Bretton Woods ». À cet égard, la restriction du pouvoir financier des collectivités locales ne peut qu'être logique au regard de cette situation. Enfin, ces institutions financières ont pleinement connaissance de l'inexistence de plusieurs services publics à l'échelon local. Dès lors que les finances locales ne peuvent assurer le fonctionnement ou la création de ces services publics locaux, ces institutions procèdent par une délégation des responsabilités étatiques à des organismes privés chargés de combler le déficit laissé par l'État. Les organismes privés auront ainsi la charge d'assurer les services publics et représentent même souvent aux yeux des populations locales comme la figure de l'État. Cet état de fait démontre une fois de plus la logique de marché impliqué dans le processus de décentralisation<sup>84</sup>.

## II - Une interprétation finalisée

Ce droit local n'est pas simplement contextualité il est également finalisé. Jean Louis Bergel écrivait à la fin des années 1980 que « les objectifs en droit participent au renouvellement de la technique juridique assurant au système juridique et à l'action législative l'efficacité dont il a besoin »<sup>85</sup>. Cette analyse apparaît encore comme étant d'actualité, car ces objectifs s'inscrivent pleinement au sein des systèmes juridiques. Pour autant, les finalités qui sont

---

<sup>84</sup> L'auteur se demande même si le local ne devient pas une fin en soi et si la politique de décentralisation n'est pas une mise en forme de l'idée de marché. Selon lui, dans cette optique, la notion de service public est remplacée par celle de services payants réservés à ceux qui ont accès au *marché* « car suivant la logique de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international, ne vaut-il pas mieux des services qui existent pour des consommateurs solvables que des services publics qui n'existent pas ? D'ailleurs, le discours de ces institutions tenu envers la société civile n'est pas écrit en terme de demande (la demande de service public existe) mais en terme d'offre c'est l'offre de service public qui manque dans les sociétés sahéliennes, c'est elle qu'il faut encourager au risque de dénaturer la forme du service, soit d'en faire un secteur privé ; le rôle du médiateur revenant au marché », *Ibid.*

<sup>85</sup> J.-L. BERGEL, « Essai de synthèse », *RRJ*, Services du Senat, 1989, p. 975.

recherchées sont davantage liées aux intérêts de l'État qu'à ceux des entités décentralisées.

-La juridicité des « objectifs »

L'attention qui est portée aux objectifs dans le domaine du droit s'est manifestée avec une grande régularité dans le discours juridique : comme s'il ne fallait entendre le droit que par l'attention exclusive aux objectifs. Il s'agit là d'une manifestation qui s'ancre vraisemblablement dans un changement de paradigme de l'action administrative. Celle-ci semble balancer entre un modèle classique selon lequel le droit administratif s'inscrit dans la recherche de la légitimité de son action et un paradigme plus contemporain selon lequel la légitimité de l'action administrative passe par son efficacité<sup>86</sup>. Cette situation semble expliquer l'état actuel où les systèmes juridiques sont fréquemment ramenés sur le terrain de la performance.

L'optimum d'efficacité de l'action juridique se mesure ainsi en fonction d'un tribunal des objectifs. L'irruption de la notion de performance dans le champ juridique correspond logiquement à la formulation d'intentions au sein de tous les niveaux de discours. Ihéring admettait déjà que « dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but, et en vue du but, le droit tout entier n'est qu'une unique création de buts »<sup>87</sup>. Du texte constitutionnel, en passant par les lois, règlements, arrêtés, il ne manque jamais de manifestation d'intention, plus ou moins bien portées par des procédures appropriées dans le discours juridique.

Le droit local se situe lui aussi nécessairement dans ce registre. Il y a par conséquent dans le fondement de la décentralisation malienne une multitude d'objectifs à atteindre, mais ceux-ci sont orientés au bénéfice de l'État.

-Les États affectionnent de plus en plus les « objectifs » dans le droit

L'importation de la performance dans le domaine du droit et surtout au sein du droit local a fait des États d'incontournables machines de confection textuelle. C'est ainsi que Paul Amselek notait « Avec l'avènement non seulement dans les faits, mais aussi dans les idées, dans l'idéologie politique dominante de l'interventionnisme de l'État-Providence, le droit est devenu ce qu'on appelle une technique de gestion qui vise, non seulement à maintenir le bon ordre dans la cité, mais aussi à promouvoir le développement social

---

<sup>86</sup> Sur cette question, les travaux de P. MOOR, *La perméabilité du système juridique*, PUL éd., collection Dikè, Lyon, 2017, 223 p.

<sup>87</sup> IHERING, *La lutte pour le droit*, Présentation d'Olivier JOUANJAN, Dalloz éd., Paris, 2006, 178 p.

optimum de la cité et par là à diriger pratiquement l'ensemble des activités de ses membres »<sup>88</sup>.

La prescription d'objectifs semble ainsi à la mode et le droit local n'y échappe pas, car la décentralisation comporte des finalités apparentes (A). En réalité, la multiplication des objectifs par l'État en matière de décentralisation contient des effets sous-jacents (B).

**A. Les finalités apparentes de la décentralisation. Les « objectifs » dans le droit ont un passé assez lointain**

L'apparition de la notion « objectif » dans le discours juridique n'est pas récente (comme nous l'avons précédemment souligné). En outre, elle n'est pas systématiquement liée à une technisation effrénée du droit ni à un basculement dans l'hypermodernité<sup>89</sup>. Dans l'univers du droit, la référence aux finalités à poursuivre a toujours constitué le droit, et cela quels que soient les modes de civilisation, et, quels que soient les disciplines. Il s'agit peut-être là de la prise en compte de l'influence naturelle d'une source politique du droit : la loi. Durant longtemps la source principale du droit public a ainsi été la législation. Elle est de nos jours de plus en plus concurrencée par une source plus réflexive du droit : la jurisprudence. C'est pourquoi, l'argument de Jean-Bernard Auby selon lequel, « il existe une familiarité naturelle du droit public français avec les considérations d'objectifs »<sup>90</sup> reste valable selon nous.

Cette référence aux objectifs se propage actuellement dans l'ensemble du droit public<sup>91</sup> et s'étend même au-delà du seul droit public<sup>92</sup>, elle traverse ainsi toutes les branches du droit. Cette propagation s'explique parfaitement dans une conception systémique du droit. Elle exprime la présence des relations qui existent entre divers sous-systèmes sociaux. Cette analyse a été particulièrement développée dans les approches dites « néo fonctionnaliste » du droit. Des auteurs comme Th. Geiger en Allemagne [1891-1952], T. Parsons aux États-Unis [1902-1979] et plus récemment N. Luhmann [1927-1998] ou Teubner appréhendent ainsi le droit à partir de sa fonction sociale.

---

<sup>88</sup> P. AMSELEK, « L'évolution générale des techniques juridiques dans les sociétés occidentales », *Revue de Droit Public*, 1982, p. 279.

<sup>89</sup> G. LYPOVETSKI, *L'ère du vide: essai sur l'individualisme contemporain*, Gallimard éd., Paris, 1983, 328 p.

<sup>90</sup> J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public français », *RDP*, 1991, p. 153.

<sup>91</sup> Le droit administratif est traditionnellement un droit finalisé. Ces deux objectifs sont la satisfaction de l'intérêt général et le maintien de l'ordre public, D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF éd., Paris, 2008, p. 41.

<sup>92</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ éd., Paris, 1949.

On sait que le préalable de ces recherches réside dans le fait que les systèmes sociaux se caractérisent par des phénomènes de spécialisation et de complexification. En ce sens, au sein des sociétés émergent nécessairement des sous-systèmes : « juridique », « économique », « politique » et « culturel ». Ces derniers exercent au bénéfice de la société des fonctions différentes. Selon l'approche, peut-être la plus moderne, la fonction sociale du droit serait ainsi de permettre une réduction de la complexité alors que la fonction du politique serait d'orienter la société vers une finalité. La prise en compte de ces objectifs dans le champ juridique démontre, en ce sens, l'influence du sous-système politique sur le sous-système juridique<sup>93</sup>.

-La substitution des procédures de concertation à la contrainte juridique

Alors que jusque-là, le droit semble se poser, à bien des égards, sur l'idée de contrainte et d'obéissance, nous devons admettre désormais « l'émergence d'une conception différente du droit, marquée par le reflux des éléments de la contrainte et d'unilatéralité »<sup>94</sup>. Si cher à bon nombre de théoriciens du droit<sup>95</sup> la contrainte semble, désormais, être un élément parmi d'autres de la juridicité. Cette moindre proportion prise par la norme juridique rend compte, également, de l'ébranlement de la capacité des États à réguler de manière exclusive leurs systèmes juridiques. Par conséquent, elle oblige ces derniers à réfléchir à la production normative<sup>96</sup>. Devant la fougue du droit « dur », s'installe progressivement la douceur du droit « souple » où la normativité tend vers la direction juridique non autoritaire des conduites<sup>97</sup>.

La rupture avec la vision classique du droit a donc poussé le gouvernement malien qui, depuis quelque temps, arpente cette voie, à adopter de nouvelles habitudes normatives (directives, réorientation des politiques

---

<sup>93</sup> Sur cette approche systémique du droit, par exemple : N. LUHMANN, « Le droit comme système social », in *Droit et société*, 1989, p. 53 et s.

<sup>94</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, L.G.D.J éd., Paris, 2003, p.128.

<sup>95</sup> La contrainte est ce qui caractérise le droit selon H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Dalloz éd., Paris, 1962, 496 p. Voir également P. ROUBIER, *Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey éd., Paris, 1951, p. 32. J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF éd., Paris, 22<sup>ème</sup> éd., coll. Thémis, 2002, p. 53. G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Revue internationale de droit comparé, p. 295-296.

<sup>96</sup> R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Version originale aux éditions G. Giappichelli, Traduit et présenté en français par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Dalloz éd., Coll. Les rivages du droit, Paris, 2010, p. 9 et s.

<sup>97</sup> P. AMSELEK, « L'évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *op. cit.*, p. 287. Voir aussi, G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, Economica éd., Paris, 2000, 165 p.

locales, recommandations autour des débats publics)<sup>98</sup>. Il s'agit au demeurant d'attacher à ces termes l'émission de la norme législative ou administrative et à intégrer les objectifs qu'il serait bon d'atteindre ou, à l'inverse, d'esquiver les décadences dont il serait préférable d'éloigner.

L'analyse des normes administratives et législatives rend ainsi compte de la finalité à atteindre et témoigne de la présence d'un droit de plus en plus « mou » et « doux ». À ce titre, l'exemple des « conventions locales » qui prévoient un mode d'organisation particulier au bénéfice de certaines collectivités locales est particulièrement révélateur. Les études socio-anthropologiques qui portent sur certaines collectivités montrent que dans les modes de règlement des conflits de quelque type que ce soit (sociaux, fonciers.), l'accent est placé principalement sur une résolution plutôt coutumière. Ainsi, la justice étatique est très souvent mise à l'écart au profit des valeurs morales et religieuses qui sont plus douces et facilement acceptées<sup>99</sup>.

Cette douceur du droit a trouvé une place éminente dans la pratique et ceci à travers l'avènement de l'espace d'interpellation démocratique. Celui-ci émergea en 1994 à la suite des rébellions touareg dans l'optique de freiner la violation des droits de l'homme et de favoriser le dialogue entre les citoyens et les institutions.

Le ministre malien de la Justice déclarait à cette époque : « Par la création d'un nouvel espace public permettant les échanges entre la société civile et le gouvernement, l'espace d'interpellation démocratique (EID) inverse la logique traditionnelle des relations entre les institutions. Les débats des deux premières éditions de l'EID ont démontré l'importance et la signification des droits de l'homme pour la consolidation de la démocratie et le renforcement de la paix sociale au Mali. Ses répercussions diffuseront progressivement une culture politique nationale et démocratique, et consolideront les valeurs humaines qui rendront irréversible l'enracinement de la démocratie et de ses principes »<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Les assises de la décentralisation qui se sont tenues à Bamako en 2013 sont l'illustration de la prise en compte par le gouvernement des mutations de la normativité. Le but de cette rencontre nationale avait pour but de trouver des issues politico-juridiques à la crise nord-malienne.

<sup>99</sup> La prévention et le règlement des conflits locaux sont envisagés dans les concepts de *Ben* (Cohésion sociale), le *Kèlètèkè* (absence de conflits violents) et le *Hadamadenya Sinsin* (base du progrès social) ; M. KEITA et A. DAKOUO, *Gouvernance participative et pratiques démocratiques au Mali*, l'Harmattan éd., La sahélienne, Bamako, 2013, p. 149.

<sup>100</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Deuxième édition de l'espace d'interpellation démocratique, *RDM*, 1996, 10 décembre 1995, p. 2-3.

L'avènement du concept de décentralisation dans l'horizon juridique et politique du Mali coïncida avec une volonté d'émancipation des populations locales. C'est pourquoi l'État s'est fixé des objectifs tels que : le développement local, la démocratie locale et la refondation de l'État<sup>101</sup>. Pour autant ces objectifs étaient liés entre eux et le développement local ne pouvait se manifester que dans le développement de la démocratie de l'État et la refondation démocratique et politique de ce dernier. Le « holisme conceptuel »<sup>102</sup> qui se manifeste, dès lors, implique une hiérarchisation des objectifs qui valorise le renforcement de l'État unitaire.

### *1. La démocratie locale*

-Une interdépendance naturelle entre démocratie et décentralisation

Un lien naturel semble exister entre décentralisation et démocratie. C'est, de fait, la thèse dominante au sein de la pensée politique contemporaine<sup>103</sup> et qui, à ce titre, est exposée par plusieurs auteurs<sup>104</sup> comme la panacée à l'encontre de la pathologie traditionnelle de l'État-nation. Les raisons d'une telle réciprocité s'expliquent par le fait que la décentralisation a pour effet le prolongement de la démocratie locale ; inversement cette dernière prend la décentralisation comme facteur clé du rapport entre le centre et la périphérie<sup>105</sup>. Cette impulsion est initiée au Mali à la suite du discours du président de la République (à l'époque Alpha Oumar Konaré) qui affirmait : « Dans la mesure où nous demeurons une nation essentiellement rurale, je crois pouvoir dire que pour le Mali, la dernière grande réforme de cette fin de siècle est la décentralisation qui demeure la plus grande justification politique de la démocratisation ». Ainsi était donné le ton de la *démocratisation*.

---

<sup>101</sup> A. ALKADI, *La Politique de la décentralisation au Mali, op. cit.*

<sup>102</sup> Nous entendons par cette expression le fait que dans le cadre d'un discours juridique ou politique le fait de solliciter un concept implique nécessairement par un jeu inférentiel la mobilisation d'autres concepts avec lesquels il est nécessairement lié. C'est l'expression d'une contrainte argumentative démontrée par exemple par le philosophe D. DAVIDSON.

<sup>103</sup> K. SAMAKE, « Histoire de la décentralisation au Mali ; de la période coloniale à la 3<sup>ème</sup> république », disponible en ligne *penserpouragir.org*, consulté le 27 décembre 2018.

<sup>104</sup> J. CAILLOSSE, « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation ? juristes et sociologues face à la décentralisation, *Annuaire des collectivités locales*, 1988, p. 5 et s.

<sup>105</sup> P. GREMION, *Le pouvoir périphérique*, Seuil éd., Paris, 1976, 477 p.

-L'objectif de démocratie en ligne de mire de la Mission de la décentralisation

L'une des grandes réformes mises en place par la mission de la décentralisation (MDD) est de mettre particulièrement l'accent non plus sur le seul rapprochement des citoyens au pouvoir, comme nous avons pu l'observer sous les empires qui se sont succédé mais sur la participation de ces citoyens locaux et sur la transparence du pouvoir local.

C'est dans ces termes qu'un processus de planification participatif et interactif a permis aux citoyens d'exprimer leurs volontés dans le cadre de la décentralisation. S'agissant de la norme administrative à destination des collectivités locales, il existe un processus complexe qui fait participer un ensemble d'acteurs dans le processus de décentralisation. Cette connivence entre l'administration et les administrés au sein de ces collectivités prend la forme de débats<sup>106</sup>, d'ateliers autour des questions essentielles liées à la politique de décentralisation. Le professeur Abdoulaye Sall pouvait alors écrire que « Démocratie et décentralisation, ont en commun du point de vue formel, le recours aux élections libres ; de plus la gestion par chaque collectivité de ses affaires locales constitue une école de formation civique et une préparation à l'exercice de la démocratie par le citoyen, bref un centre pour la culture démocratique »<sup>107</sup>.

La démocratie de même que la décentralisation font nécessairement appel à la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir. Deux formes de participation apparaissent essentielles : la participation en lien avec les élections qui permettent aux citoyens d'une collectivité donnée d'élire les autorités locales ; la participation à la prise de ces décisions de ces autorités une fois élues (cette forme de participation étant indirecte). La doctrine publiciste fait généralement fi de ce rapport entre démocratie et décentralisation et ceci à tel point que la décentralisation est devenue le laboratoire secret par excellence des expériences démocratiques. Roger Bonnard écrivait même que « la décentralisation implique en elle-même une manifestation de l'idée démocratique... car l'action de l'opinion publique locale sur les autorités administratives locales que comporte la

---

<sup>106</sup> Dans l'objectif de marquer une nouvelle ère de démocratisation, les années 1995 et 1996 furent marquées par une médiatisation sans précédent de la nouvelle volonté politique de décentralisation. Des rencontres ont lieu sur l'ensemble du territoire, les citoyens, les associations et la société civiles tous se sont vu impliqués pour faire apparaître la décentralisation comme un nouvel avatar de la démocratie locale et ainsi marquer l'importance du débat public J. CHEVALLIER, « Le débat public en question », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz éd., Paris, 2007, p. 489 et s.

<sup>107</sup> A. SALL, *Le Pari de la décentralisation au Mali*, *op. cit.*, p. 24.

décentralisation est proprement un phénomène démocratique : c'est le peuple participant à l'administration locale »<sup>108</sup>.

La participation citoyenne à la vie locale, en dehors des élections, peut résulter de l'accès des administrés aux documents administratifs ou aux actes des collectivités locales, et plus largement de la consultation du citoyen en tant qu'usager et administré. Bien que ces objectifs soient inscrits dans les programmes de la décentralisation, la réalité des collectivités locales démontre, paradoxalement, un effet inverse.

Les élus locaux maliens continuent de s'affranchir de la vie démocratique locale tout en s'enlisant dans les litiges fonciers. Les structures de participations créées par l'État dans le but de favoriser la participation locale servent de reflet à l'exercice des activités professionnelles de ces élus. Il existe ainsi une carence au regard de la nécessité de trouver un équilibre entre les activités professionnelles de ces élus et les obligations liées à leur mandat. En ce sens, aujourd'hui la démocratie locale malienne demeure profondément limitée. Plus grave encore, la corrélation entre décentralisation et démocratie n'a pas été comprise ni par les élus locaux ni par les représentants de l'État.

-La confusion entre décentralisation et démocratie

La question du rapport entre décentralisation et démocratie est donc plus complexe que nous ne l'imaginons initialement. Cette complexité peut être pour partie clarifiée au moyen du droit comparé.

En France, les notions de décentralisation et de démocratie ont pu faire l'objet d'une assimilation au moment de l'adoption des lois de décentralisation, en 1982-1983. La relation entre les deux notions continue cependant de nourrir le débat public. Dire que la décentralisation est le (ou un des) fondements de celle-ci signifierait qu'il n'y aurait pas de démocratie sans elle, ce qui est faux. Effectivement, la démocratie ne naît pas toujours là où il y a décentralisation, de même la décentralisation ne crée pas nécessairement la démocratie<sup>109</sup>. G. Langrod fut l'un des premiers à esquisser la question du lien entre démocratie et décentralisation. Selon lui, « Il ne faut pas oublier que le problème du gouvernement local n'est rien d'autre qu'avant tout un aménagement technique au sein du mécanisme de l'administration publique, une particularité structurale et fonctionnelle, fondée sur l'adaptation des formes traditionnelles de la gestion des affaires locales aux nécessités diverses de l'administration moderne. Or... il semble évident que la

---

<sup>108</sup> R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Sirey éd., Paris, 1935, p. 282.

<sup>109</sup> S. FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 1.

démocratie ne peut dépendre, du moins directement, de l'existence ou de l'inexistence d'un arrangement administratif, quel qu'il soit »<sup>110</sup>.

Ensuite, il faut constater « qu'historiquement démocratie et décentralisation ont mené des existences séparées, voire antinomiques »<sup>111</sup>. C. Eisenmann indique : « Contrairement à ce qu'a avancé Tocqueville, et que des cohortes de "suiveurs" politiques et juristes, ne cessent depuis lors de répéter à qui mieux, de façon bien plus banale, il n'y a aucun lien nécessaire entre démocratie et décentralisation. »<sup>112</sup>. De même, pour le professeur Dominique Rousseau, la démocratie et la décentralisation appartiennent à des ordres de principes différents et séparés : « L'ordre de la démocratie est celui des droits fondamentaux, de la constitution sociale pour parler comme Hauriou, de l'espace public d'exercice des libertés ; l'ordre de la décentralisation est celui de l'organisation territoriale de la structure de l'État, de la répartition des compétences entre le pouvoir central et les autorités locales. Dans le vocabulaire constitutionnel moderne, l'ordre de la démocratie relève, principalement du droit constitutionnel relationnel, l'ordre de la décentralisation principalement du droit constitutionnel institutionnel »<sup>113</sup>.

Enfin, l'affirmation textuelle de l'autonomie des collectivités ne peut générer systématiquement de la démocratie. Dans ses travaux, Jean-Arnaud Mazères met en avant l'idée selon laquelle « la démocratie locale ne peut s'imposer de son propre mouvement, de l'intérieur »<sup>114</sup>, car pour lui : « Le problème de la démocratie ne peut pas seulement se poser du seul point de vue de la société politique : disons clairement celui de l'appareil d'État ; l'interrogation doit être portée jusque sur le plan de la société civile à laquelle les collectivités locales continuent d'appartenir comme leur étude généalogique ne permet pas d'en douter »<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> G. LANGROD, « Le gouvernement local. Fondement ou apprentissage de la démocratie », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1952, n° 3, p. 225-226.

<sup>111</sup> G. GONTCHAROFF, « Démocratie, citoyenneté dans la décentralisation », in *État des lieux de la citoyenneté locale : décentralisation et participation*, 1991, p. 8.

<sup>112</sup> C. EISENMANN, « L'objet local », in *Colloque L'objet local*, 1977, p. 67.

<sup>113</sup> D. ROUSSEAU, « Libertés locales et droits fondamentaux », in A.-M. LE POURHIET, (dir.), *Droit constitutionnel local, Droit constitutionnel local, actes du colloque international de Fort-de-France*, 18, 19 et 20 décembre 1997, Economica éd., Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, 1999, p. 234.

<sup>114</sup> J.-A. MAZERES, « Préface à la thèse de Mathieu Doat », M. DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ éd., Paris, 2003.

<sup>115</sup> J. CAILLOSSE, « Contribution à une théorie juridique du « local » », in *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, LITEC éd., Lexis Nexis, Paris, 2009, p. 71.

Un raisonnement sensiblement similaire permet de mettre en cause la propension du pouvoir central malien à considérer la décentralisation comme le synonyme de la démocratie et de percevoir ainsi grâce à ce détour par le droit comparé l'impression au Mali de ce rapprochement trompeur. Certains observateurs vont jusqu'à confondre la décentralisation et les collectivités locales, comme un tout être homogène<sup>116</sup> et par incidence la décentralisation et la démocratie locale. À la lumière des analyses de Jean-Arnaud Mazères, si les collectivités continuent d'appartenir à la société civile et non politique, la réflexion sur la question identitaire met en avant la difficulté d'inscrire la démocratie dans les registres des populations civiles hétérogènes qui réclament que leur soit reconnu *le fait différentiel*.

-La décentralisation se démarque de la démocratie par le fait que cette dernière constitue un attribut d'une collectivité et non un principe immanent

Par ailleurs, les avancées en matière de transfert de compétences, d'élections, de provocation de débat public autour de la décentralisation, ne permettent pas de soutenir que la démocratie est loin de la perspective de décentralisation. Au contraire, nous l'avons souligné, l'avènement de la décentralisation dans le paysage juridico-politique malien a suscité de l'espoir chez les populations locales. Néanmoins, il faut comprendre que ce qui caractérise l'action publique depuis les événements politiques de 2012 semble être une volonté de mise en pratique d'une logique démocratique fondée sur l'initiative du pouvoir central. En ce sens, la décentralisation met en relief la fusion entre État et collectivité locale, car le local est toujours figure du centre et les répercussions institutionnelles se font tout naturellement. Jacques Caillosse le démontre d'ailleurs : « Même si les collectivités locales ne sont pas évidemment l'État -et qu'elles le sont même de moins en moins-, elles sont un puissant révélateur ; par la force des choses, mais aussi par celle du droit, dans la mesure où celui-ci met en forme une volonté politique centrale dont il porte l'expression juridique sur l'ensemble du territoire. C'est d'ailleurs bien ce que disent, à leur manière, les remarques que l'on vient de dire : aussi autonome soit-il, du point de vue du droit, le local est toujours figure de l'État<sup>117</sup>.

Ainsi, le local dont il est question au Mali (les régions nord) s'identifie, d'abord, certainement par le rapport d'intégration. La démocratie locale dans ce cas ne peut être qu'improbable, voire hypothétique dès lors que le centre

---

<sup>116</sup> A. KEITA, J. NELEN, B. COULIBALY, S. DIARRA, *La décentralisation au Mali: du discours à la pratique*, CEDELO ET SNV, 2004, disponible en ligne <https://docplayer.fr/22907388-La-decentralisation-au-mali-du-discours-a-la-pratique.html>, consulté le 25 décembre 2018.

<sup>117</sup> J. CAILLOSSE, « Contribution à une théorie juridique du « local » », *op. cit.* p. 75.

fait apparaître « autre chose ». En somme, puisque le local est toujours figure du centre, par le fait que sa reconnaissance juridique, ses pouvoirs, la portée de ses actes sont des manifestations de la volonté étatique, la démocratie demeure une finalité abstraite pour un État comme le Mali dont les fissures institutionnelles, ne cessent de s'accroître.

## 2. Le développement local

-Le développement local au cœur du grand débat

Une des particularités du paysage décentralisé malien est l'écart de croissance existant entre le centre et la périphérie. Il n'est guère surprenant de percevoir le développement local lié aux intentions des initiateurs de la décentralisation. Le droit national a toujours eu pour ambition le progrès au bénéfice des structures et des populations locales. D'une manière générale, l'avènement de l'analyse économique du droit<sup>118</sup> le démontre : c'est, désormais, le concept de croissance et de développement qui dominent dans tous les sens le débat juridique. Le professeur Elisabeth Zoller, par exemple, expliquait ainsi la différence de perception qui existe entre les Américains et le reste du monde concernant la détermination de l'intérêt public<sup>119</sup>. Cette détermination de l'intérêt public aux États-Unis se manifeste de la sorte clairement par la primauté de l'analyse économique du droit<sup>120</sup>.

Les autorités normatives, qu'elles soient législatives ou administratives, s'appuient donc sur des outils économiques pour expliquer les phénomènes juridiques et projeter des standards à atteindre. Il est aussi curieux de voir à quel point l'utilisation du langage économique s'est transportée sur le terrain de la décentralisation : il est d'ordre courant de voir circuler des concepts tels que l'analyse « coût-avantage », « qualité-quantité », « nécessaire-contingent », dans le « champ juridique ».

Cette affirmation se manifeste d'évidence au Mali. Depuis l'indépendance en 1960, il existe une volonté de parvenir à un développement local à travers la décentralisation. Cela apparaît nettement, et ceci dans les textes officiels dans trois Républiques successives.

---

<sup>118</sup> Développée aux États-Unis dans les années 1960, l'analyse économique du droit a pu s'exporter dans les pays anglo-saxons de la *Common Law*, pour ensuite s'insérer dans les pays de tradition civiliste, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7<sup>ème</sup> éd., Aspen Publishers ed., 2007.

<sup>119</sup> Alors que l'intérêt public est souvent présenté dans la conception française comme l'ensemble des intérêts de la société, abstraction faite aux intérêts particuliers, il apparaît chez les Américains comme la somme des intérêts particuliers en prenant en considération toutes les sensibilités, É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, 1<sup>ère</sup> éd., Dalloz éd., Paris, 2006, p. 168-169.

<sup>120</sup> *Ibid.*

De fait, dans le cadre de la politique étatique, la modulation de cet objectif de développement local a fait l'objet de différentes planifications inhérentes aux différents gouvernements qui se succédés. Ainsi, le régime dirigé par Modibo Keita concevait cet objectif dans une perspective socialiste. En ce sens le mode de gestion se caractérisait par une certaine rigidité à partir de quoi l'État détenait la maîtrise dans l'ensemble des secteurs d'activités. L'exemple de cette politique du développement local restait la création des sociétés d'État dont les populations restaient en marge au bénéfice de l'État : « Les planifications quinquennales de développement socialistes ont permis l'incitation à la naissance des coopératives rurales et à la création des sociétés d'État telles que la Société de construction de radios au Mali (SOCORAM), la Société malienne d'import-export (SOMIEX) et l'Office des produits agricoles du Mali (OPAM). La programmation des activités était complètement organisée par l'État tandis que les populations étaient totalement ignorées dans la mise en œuvre des processus de développement<sup>121</sup>.

Ensuite, la deuxième République, voulant tourner la page de la précédente, entendait le développement local par la promotion des activités au cœur des villages sans pour autant s'intéresser à l'ensemble des collectivités. La raison principale était que ce régime se trouvait frappé par des conditions climatiques et socio-économiques particulièrement difficiles. La sécheresse et le décroissement de l'économie, conduisirent le pouvoir militaire à recourir de l'aide des organisations internationales et des organisations non gouvernementales et ceci non seulement pour relancer l'économie nationale, mais également afin de permettre un développement des collectivités en manque cruel de ressources.

Enfin, avec la troisième République, on assista à une nouvelle dynamique. Il s'agissait cette fois d'accorder plus d'attentions aux élus et aux responsables locaux pouvant favoriser l'implantation des projets de développements tels que le programme de développement des services de santé (PRODESS), le programme décennal de développement de l'éducation (PRODEC) et le programme décennal de développement de la justice (PRODEJ). Les agences de développement régional<sup>122</sup> s'inscrivent dans ce cadre de développement local dans la mesure où leur fonction consiste en l'approfondissement de la décentralisation au sein de l'ensemble des collectivités locales.

---

<sup>121</sup> D. DIALLO, *Le Mali sous Moussa Traoré*, L'Harmattan éd., 214 p.

<sup>122</sup> Créées par l'ordonnance n° 2015- 017/ P/ RM et le décret d'application du 9 avril 2015, les agences pour le développement régional (ADR) sont des établissements publics à caractère administratif qui ont pour mission d'assister et de se substituer en cas aux collectivités locales dans la réalisation des opérations de développement.

-La répercussion du retard de développement de l'État sur les collectivités locales

Au sein de l'État unitaire, la performance économique de l'échelon local semble reliée à celle du centre. Cela, parce que de la normativité nationale découle la normativité locale. C'est pourquoi les collectivités locales ne peuvent se situer en dehors de ce développement économique de l'État au Mali. Pour autant, l'*objectif* du développement local tel que politiquement prôné par l'État entend donner aux collectivités locales les moyens de s'émanciper de l'emprise étatique. Or, la réalité tend à contredire ceci. Les collectivités locales au Mali souffrent considérablement de ce lien interruptible avec l'État. De fait, pendant longtemps, ces collectivités locales se sont contentées de préserver les réseaux de coopération et de jumelages<sup>123</sup> entre les communes ou villages maliens et étrangers en matière de développement. Pour le professeur Abdoulaye Sall, les difficultés pour une bonne politique de développement local et pour une meilleure application de celle-ci relèvent du faible respect et de l'absence d'une véritable préoccupation des populations auxquelles elle est destinée<sup>124</sup>.

### 3. La refondation de l'État

-Le pouvoir de l'État en tant que fer de lance de la refondation

Depuis l'indépendance, l'État au Mali affiche une véritable crise d'autorité. Celle-ci ébranle incontestablement ses projets politiques. La question de la reconstruction de l'État adossée à la mise en place de la politique de décentralisation, s'est continuellement posée. De fait, la décentralisation ne s'appréhende guère en l'absence de l'autorité de l'État. Dès lors, l'un des objectifs de la politique de décentralisation de l'après 1991 résidait dans la refondation de l'État. Cette refondation passait cette fois par l'articulation de l'ordre et de la sécurité. À la suite des événements de 2012, à l'issue desquels les mouvements rebelles ont repris le contrôle d'une bonne partie de la région du Nord-Mali, il fallut défaire cette situation en restaurant au plus vite le pouvoir central. L'ordre faisait partie de ces impératifs en l'absence desquels, il était impossible de concevoir une véritable politique de

---

<sup>123</sup> Près d'une centaine de communes françaises à titre d'exemple entretiennent des projets de coopération avec les collectivités locales maliennes. Ce sont elles qui financent le plus les activités de ces collectivités. Le rôle du programme d'appui aux collectivités locales doit également être souligné en matière de développement local. Organisme placé sous la tutelle du ministère chargé de la décentralisation. C'est à travers cette coopération franco-allemande que les objectifs liés à l'aide au développement se réalisent.

<sup>124</sup> A. SALL, *Le Pari de la décentralisation au Mali*, op. cit, p. 24.

décentralisation. Nous savons également que l'ordre, de façon générale, est présenté dans les travaux de Hayek comme étant : « Un état de choses dans lequel une multiplicité d'éléments de nature différente sont en un tel rapport les uns aux autres que nous puissions apprendre, en connaissant certaines composantes spatiales ou temporelles de l'ensemble, à former des pronostics corrects concernant le reste ; ou au moins des pronostics ayant une bonne chance de s'avérer corrects »<sup>125</sup>.

-L'échec de l'État dans l'expression de l'autorité

L'ordre étatique s'est ainsi trouvé malmené. De fait, les deux conditions liées à l'ordre « commandement et obéissance » nous paraissent touchées dans leur essence au travers de l'ébranlement des accords qui se sont succédé depuis le début des rébellions touareg. Le pacte national signé en 1992 entre le gouvernement malien et les mouvements touareg a fait, par exemple, l'objet de vives critiques en raison de son inapplicabilité. Les directives qui y sont inscrites sont davantage des hypothèses, des formulations vagues d'inventions que l'aboutissement d'un véritable processus dialogique politico-juridique. De la même manière, des objectifs semblables se retrouvent dans tous les accords qui ont suivi<sup>126</sup>. Il s'agissait dans les termes de ces accords de comprendre que la politique institutionnelle devait répondre en permanence au défi identitaire et ceci tout en replaçant le curseur sur l'autorité de l'État.

Pour autant, comme nous le verrons un peu plus loin, l'objectif d'une refondation de l'État, ne s'est jamais réalisé par l'effet seul de la décentralisation. Au contraire, il s'agit là d'une vision de « rattrapage » par rapport à un échec de l'action publique à l'égard du local. Le pouvoir central malien dissipe cependant cette évidence en proliférant les objectifs à atteindre.

### ***B. Les effets sous-jacents aux finalités de la décentralisation***

Si la question des finalités demeure classique dans l'approche de la juridicité, il paraît néanmoins nécessaire de fixer les finalités à atteindre en termes de décentralisation. En droit local, celles-ci soulèvent d'épineuses problématiques dans le cadre de la décentralisation. Que faut-il ainsi privilégier : l'intérêt national ou l'intérêt des collectivités locales ? L'unité ou la diversité ? Autant de questions qui véhiculent la divergence entre les

---

<sup>125</sup> F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, vol. I, PUF éd., Paris, 1973, p. 42.

<sup>126</sup> Dans les principes directeurs du pacte national de 1992, les parties, à savoir le gouvernement de la République du Mali et les mouvements et front unis de l'Azawad s'engagent à respecter l'ordre étatique.

différentes écoles de pensée<sup>127</sup> et confirment la variabilité des objectifs en matière de décentralisation. Cette inclusion des objectifs implique alors la nécessité de repenser la normativité elle-même. Il s'agit, en fait, de passer de la norme à la normativité. Nous allons démontrer que la situation de la décentralisation au Mali illustre un usage de la norme comme outil mental [au sens selon lequel P. Amselek appréhende le concept de norme : un outil de mesure du possible] susceptible d'être reconduit à une fonction sociale souhaitée par l'État au bénéfice du droit : la réduction de la complexité.

-Les métamorphoses de la juridicité : la nécessaire pondération des objectifs dans le sillage local

Le droit s'éloigne de plus en plus du registre classique du commandement. Désormais, place est faite à la négociation et au dialogue dans la production juridique. Le professeur Paul Amselek l'avait déjà affirmé, il y a une vingtaine d'années : l'injonction (voire la menace de sanction) n'est qu'une variante de la juridicité. Cette évolution de la juridicité ne se rencontre pas uniquement dans les sociétés occidentales, mais concerne également les sociétés africaines. Pouvait-il en être autrement au regard de la situation socio-économique de ces sociétés ? L'examen des politiques publiques au sein de ces sociétés laisse apparaître ainsi un rétrécissement des choix dans le processus décisionnel des États. Les pressions internationales sur les objectifs de démocratisation et de respect des droits de l'Homme sont ainsi combinées à la recherche systématique des ressources de développement et à l'acquiescement des États dans cette pesée des intérêts de chacun. C'est cette même évolution que nous allons retrouver dans la production normative relative à la décentralisation au Mali<sup>128</sup>.

-Le détournement des *objectifs* dans le cadre de la décentralisation

L'articulation de la décentralisation autour de la valorisation des objectifs pose un certain nombre de problèmes. Dans une approche classique, il apparaît que les « objectifs » renvoient à ce que nous nous proposons d'atteindre ou de réaliser en agissant<sup>129</sup>. Le professeur François Brisson observe dans ce sens : « [que] les objectifs tendent vers un but que la règle assigne non seulement à son auteur (bien souvent l'État), mais aussi à ceux

---

<sup>127</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz éd., Paris, 1999, p. 28.

<sup>128</sup> J.-B. AUBY, « Prescription Juridique et Production Juridique », in *Normes juridiques et regulations sociales*, sous la dir. de J. COMMAILLE, LGDJ éd., Paris, 1991, 426 p.

<sup>129</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF éd., Paris, 2010, 1376 p.

auxquels elle impose des obligations, c'est un résultat à atteindre »<sup>130</sup>. Ces objectifs imposent ainsi un dialogue entre le producteur de la norme et ses destinataires.

Avec ces objectifs les autorités centrales au Mali arrivent également à épurer l'aspect juridique de la décentralisation en le cantonnant à la sphère politique et à la négociation politique. Ce phénomène est, par exemple, présent dans ce que la doctrine présente comme des « neutrons législatifs ». Afin de comprendre ce phénomène d'instrumentalisation, il convient de rappeler ce que la doctrine entend par « neutron législatif ».

La doctrine traditionnelle, s'appuyant en apparence sur la pensée de Kelsen, soutient que la loi n'est valide que parce qu'elle ordonne<sup>131</sup> (il convient de rappeler que pour le théoricien autrichien la validité est *l'analogon* de l'existence dans l'ordre du droit et que la norme est la signification d'un acte de volonté). Le Conseil constitutionnel français, influencé par cette doctrine, qualifie, de la sorte, les lois d'orientations ou les lois de programmes<sup>132</sup> de « neutrons législatifs », car elles seraient dépourvues de force obligatoire<sup>133</sup>. Au soutien de la thèse non obligatoire de ces lois « spécifiques », la doctrine traditionnelle et le Conseil constitutionnel prônent l'idée qu'« une loi qui ne formule que des recommandations n'est pas une loi, mais quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique »<sup>134</sup>.

Cette argumentation repose toutefois sur une interprétation, selon nous, erronée de la pensée de Kelsen. En effet, si la norme est la signification d'un

---

<sup>130</sup> J.-F. BRISSON, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in *Les objectifs dans le droit*, sous la dir. de B. FAURE, Dalloz éd., Paris, 2010, p. 29.

<sup>131</sup> J. BECANE, M. COUDER, *La loi*, Dalloz éd., coll. Les méthodes du droit, Paris, 1994, p. 27.

<sup>132</sup> Les lois d'orientation servent de fondement à une nouvelle politique intéressant tout un secteur d'activité socio-économique et les interventions administratives les concernant, les lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'État ; les plans nationaux fixent des objectifs non contraignants qui constituent des impératifs prioritaires solennellement proclamés et précis. Quant aux lois-cadres, sous la V<sup>e</sup> République, elles autorisent le gouvernement à modifier par décrets les dispositions législatives régissant un domaine déterminé, mais en posant des principes permettant de protéger les compétences du Parlement.

<sup>133</sup> Ces lois « spécifiques » sont qualifiées par le Conseil constitutionnel de « déclaration d'intention et sont par conséquent frappées d'inopérance. Sur ce point, DC du 27 juillet 1982, CCF, 23 p. 278 ; voir également D. BROUSOLE, « Les lois déclarées inopérantes par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 751.

<sup>134</sup> A.H. MESNARD, « La notion de la loi d'orientation sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1977, p. 1139 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Montchrestien éd., Paris, 1996, p. 129.

acte de volonté cette signification est essentiellement la traduction de la volonté d'habiliter un opérateur à engendrer un acte. Cette analyse est parfaitement conforme à la logique de la dynamique du droit élaborée par Kelsen. Considérer que le contenu de la norme n'est pas l'habilitation, mais une prescription c'est alors réintroduire la statique du droit dans la création de la norme<sup>135</sup>.

En ce sens, le professeur Michel Troper observe que : « Dire d'une proposition normative qu'elle est valide, c'est dire qu'elle est obligatoire par rapport à une autre proposition normative dans un système normatif. Validité et caractère « obligatoire » sont une seule et même chose, parce qu'il s'agit du mode spécifique d'existence des normes. Le mot « obligatoire » ne signifie pas politiquement, moralement ou catégoriquement obligatoire lorsqu'il est appliqué à une norme, mais seulement « obligatoire » relativement à un certain ordre juridique »<sup>136</sup>.

De fait, l'argument de la doctrine traditionnelle consistant à considérer les lois-cadres de programmation, d'orientation comme étant dépourvue de force obligatoire en raison de leur mode d'énonciation repose, selon le professeur Moïse Nembot, sur une conception « physique » de la norme<sup>137</sup>. Il ne rend pas compte de la pensée de Kelsen, qui fait du critère de la validité sa pierre au lieu de celui d'« obligariété ». Selon le professeur Moïse Nembot, si la démarche de Kelsen s'éloigne de cette vision, c'est parce que la science du droit est déterminée par des exigences épistémologiques : « La démarche de Kelsen est profondément différente de celle des auteurs jus naturalistes. Alors que ceux-ci confrontent le contenu des normes du droit positif à celui des normes métajuridiques pour le juger obligatoire ou non obligatoire, la science du droit se borne à décrire l'ensemble des normes appartenant au même ordre juridique. La question de savoir s'il faut obéir à une proposition énonçant un ordre et désobéir à un énoncé qui formule des recommandations est tout à fait étrangère à la théorie du droit. Cette tâche relève de la philosophie morale et politique. La science du droit a pour fonction non pas de fonder le caractère obligatoire du droit en général, mais de décrire le fondement des normes qui font partie d'un ordre juridique positif. Les lois-cadres, les lois d'orientation et les lois de programme sont valides parce que leur édicition a été prescrite

---

<sup>135</sup> Cette question a été examinée par M. TROPER dans son ouvrage *La théorie du droit, le droit l'État*, PUF éd., Paris, 2001, 334 p.

<sup>136</sup> M. TROPER, « La pyramide est toujours debout : réponse à Paul Amssek », *RDP*, n° 6, 1978, p. 269.

<sup>137</sup> M. NEMBOT, « Ordre juridique et « neutrons législatifs » », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999.

par Constitution et conformément à la loi prévue à cet effet. Elles doivent être considérées comme des normes »<sup>138</sup>.

La démarche de Kelsen est profondément différente de celle des auteurs jus naturalistes. Alors que ceux-ci confrontent le contenu des normes du droit positif à celui des normes métajuridiques pour le juger obligatoire ou non obligatoire, la science du droit se borne à décrire l'ensemble des normes appartenant au même ordre juridique.

Ce qui se manifeste avec cette prise de distance à l'égard de la norme entendue comme purement prescriptive c'est l'apparition d'un droit souple ou mou. Ce nouveau droit –ou cette nouvelle forme de la normativité– s'explique ainsi avec davantage de facilité dans un cadre théorique autre que celui du positivisme.

Le droit « mou » s'appréhende ainsi plus avantageusement dans une logique systémique ou sociologique du droit (faisant de celui-ci un « sous-système » social en contact avec d'autres « sous systèmes sociaux » – économique, politique, culturel- permettant d'informer le droit). Cette approche sociologique du droit qui se manifeste dans les recherches de Luhmann ou de Teubner) accepte bien plus facilement l'idée d'une gradation de la normativité que la pensée juridique orientée vers le positivisme (normativiste ou réaliste).

Enfin, cette nouvelle forme d'influence plus douce du pouvoir central s'inscrit dans l'idée même de la notion de « décentralisation »<sup>139</sup>. En effet, le recours aux objectifs témoigne de l'engloutissement de la signification juridique par la grammaire politique. Il s'agit finalement là d'une nouvelle manifestation de cette porosité du système juridique à l'égard du système politique.

#### -Vers une définition inférentielle de la décentralisation

La méthode inférentielle renvoie à une approche argumentative fondée sur le discours<sup>140</sup>. De même que la question du pluralisme ordonné (considérée comme pure argumentation politique), la décentralisation doit obéir à cette lutte des discours échangés par les opérateurs juridiques. En

---

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> La décentralisation s'est longtemps définie à la lumière de son contenu sémantique à savoir qu'elle n'est rien d'autre qu'une petite dilution du pouvoir central à l'égard du local et qu'elle ne peut en aucun cas être absolue, voir S. REGOURD, « La génétique de la décentralisation : Tabous, métaphores et autres occultations », in N. KADA, *Les Tabous de la décentralisation*, Berger Levrault éd., Boulogne- Billancourt, 2015, p. 17.

<sup>140</sup> V. REVEILLERE, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de citoyenneté de l'Union européenne*, Thèse, Institut Universitaire Européen, Florence, 2017, 575 p.

conséquence, il convient dans cet échange de placer la décentralisation dans un espace de raison et non de cause. C'est pourquoi, les objectifs tels que la démocratie locale et le développement local s'invitent incontestablement dans cet échange. Cette approche doit permettre aux divers opérateurs (gouvernement, élus locaux, juges constitutionnels et administratifs) qui s'inscrivent dans un discours juridique d'être entendu dans la construction de leurs raisonnements. En ce sens, un énoncé juridique véhicule une proposition juridique c'est-à-dire la forme logique de la règle que l'on cherche à engendrer. Lorsque les opérateurs s'inscrivent dans ces rapports juridiques ils doivent nécessairement s'appuyer sur ces concepts juridiques qui sont logiquement (inférentiellement) liés à ceux qu'ils tentent d'imposer. Par exemple, traiter de la décentralisation, implique la connaissance et donc la maîtrise des concepts de centralisation, de déconcentration, d'État, d'ordre juridique, d'administration, de démocratie, de démocratie locale, de décentralisation technique... En mobilisant cette approche inférentielle des concepts juridiques on va ainsi considérer qu'une contrainte pèse nécessairement sur les opérateurs juridiques. Cette contrainte n'est pas une contrainte physique comme dans le cas du réalisme juridique (qui se réfère à des situations de fait) mais une contrainte logique tenant à la cohérence et à l'articulation des concepts qui seront mobilisés (l'opérateur juridique ne se réfère à rien mais infère la connaissance et l'usage de concepts).

Dans cette perspective, bien que leurs modalités de mise en œuvre soient diverses, la démocratie locale et le développement local interviennent après l'autonomie locale comme la consécration d'une décentralisation réussie. C'est pourquoi au Mali, elles nécessitent une véritable révision comme l'exige la pensée juridique.

En somme, la décentralisation est un problème faussement technique. Il s'agit d'un principe d'organisation de l'État parmi les plus sensibles à la politique. Confrontée à la problématique de l'identité locale, elle fait ressortir les problèmes les plus essentiels de chaque État indépendamment de sa forme. La question de savoir comment organiser et articuler le problème des minorités avec celui de la communauté politique est presque universelle. Qu'un pays adopte l'idée de la territorialisation du droit ou pas, le bien commun exigera toujours une répartition des compétences de manière rationnelle.



## LE MODELE CAMEROUNAIS DE DECENTRALISATION

**Ngo Tong Chantal Marie,  
docteur en science politique, chargée de cours  
à l'Université de Ngaoundéré**

Le décret n°2011//1116/PM du 26 avril 2011 fixant les modalités de la coopération décentralisée en son article 4, dispose que « la coopération décentralisée a pour objectifs (...) de contribuer au rayonnement du modèle camerounais de décentralisation ». L'Etat camerounais semble au travers de cet objectif assigné à la coopération, faire prévaloir l'existence d'un modèle spécifique de décentralisation qu'il entend faire rayonner sur la scène internationale ou du moins dans ses différents rapports de coopération avec ses partenaires extérieurs. Mais qu'est la décentralisation ? Et en quoi consiste le modèle camerounais de décentralisation auquel ce décret fait référence ?

La décentralisation, qui est un processus d'aménagement et d'organisation de l'Etat unitaire, revêt plusieurs acceptions qui peuvent soit s'exclure, soit se compléter, selon l'orientation que veulent lui donner le législateur et l'exécutif. La décentralisation est administrative<sup>1</sup> ou territoriale<sup>2</sup>, lorsqu'elle implique la création d'entités infra-étatiques auxquelles l'Etat transfère des compétences particulières qu'elles exercent sous son contrôle. Elle est politique lorsqu'elle implique un partage du pouvoir législatif et juridictionnel entre l'Etat et les collectivités infra-étatiques. La décentralisation est également financière ou fiscale<sup>3</sup>, lorsqu'elle se réfère à la répartition des ressources publiques et à l'organisation des rapports financiers entre l'Etat et les collectivités décentralisées. La décentralisation a ainsi plusieurs contours qui en font une notion imprécise et plusieurs auteurs, plutôt que de s'efforcer de lui donner une définition formelle, choisissent de l'appréhender comme un phénomène particulier et

---

<sup>1</sup> Cf. Jean-Claude EKO'O AKOUAFANE, *La décentralisation administrative au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2009.

<sup>2</sup> Pascal MAHON, *La Décentralisation administrative. Etude de droit public français, allemand et suisse*, Lausanne, Comparativa, 1986, p. 49.

<sup>3</sup> François Paul YATTA, *La décentralisation fiscale en Afrique - Enjeux et perspectives*, Paris, Karthala, 2009.

procèdent de ce fait à l'analyse de ses caractéristiques et de ses éléments constitutifs. Toutes ces caractéristiques de la décentralisation rendent délicat et complexe l'élaboration d'une définition juridique du concept de décentralisation. Les textes de droit positif qui la consacrent, l'organisent ou l'encadrent n'en donnent pas une définition légale satisfaisante. Pareillement, tous les auteurs ne s'accordent pas sur la définition à donner à la décentralisation. Dans le contexte camerounais, Charles Nach Mback emploie le mot décentralisation sans épithète pour désigner « la décentralisation administrative entendue à la fois comme technique juridique et administrative d'administration territoriale et modalité politique de partage de pouvoirs entre les autorités centrales et les autorités locales dans un pays »<sup>4</sup>. Jean Tobie Hond et Eleuthère Manga Zambo parlent d'une décentralisation territoriale comme forme d'organisation et de fonctionnement des collectivités locales<sup>5</sup> s'attachant ainsi à l'orientation que le législateur de 2004 a donné à la décentralisation au Cameroun<sup>6</sup>. Mais il est d'usage courant que la décentralisation administrative s'accompagne d'une décentralisation financière. En fait, les textes qui consacrent la décentralisation octroient de manière systématique aux collectivités décentralisées, une autonomie financière<sup>7</sup>.

Pour des auteurs comme Gérard Marcou, la décentralisation est fonction de la conception de l'Etat et ses caractéristiques varient en fonction de cette conception. Elle induit une réforme de l'Etat et pose le problème du rapport entre l'Etat et les Collectivités territoriales décentralisées<sup>8</sup>. Pour Jean-François Bayart, la décentralisation constitue un mode d'« aménagement du pouvoir au sein de l'Etat dans une optique de conciliation entre les intérêts

---

<sup>4</sup> Charles NACH MBACK, *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>5</sup> Jean Tobie HOND, « Etat des lieux de la décentralisation territoriale au Cameroun » in Magloire ONDOA (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 93-114. Eleuthère Manga ZAMBO, « La décentralisation dans le paysage administratif au Cameroun » in Magloire ONDOA, *op. cit.*, p. 115-144. Tobie HOND définit la décentralisation territoriale comme le fait pour l'Etat d'« octroyer un statut de personne morale de droit public à des collectivités infra-étatiques et à doter leurs organes, généralement désignés par l'élection, d'un pouvoir de décision sur tout ou partie des affaires locales ». spéc. p. 93-94.

<sup>6</sup> Loi n° 200/017 du 22 juillet 2004, loi d'orientation de la décentralisation, article 1 : « la présente loi d'orientation de la décentralisation fixe les règles générales applicables en matière de décentralisation territoriale ».

<sup>7</sup> Dans le contexte du Cameroun, la Constitution de 1960 et la loi de 1974 reconnaissent aux communes, une autonomie financière et la loi constitutionnelle de 1996 leur reconnaît une autonomie administrative et financière.

<sup>8</sup> Cf. Gérard MARCOU, « Décentralisation : quelle théorie de l'Etat ? » in *Annuaire des Collectivités locales*, Vol. 24 n° 1, 2004, p. 235-252.

locaux... [et les intérêts nationaux] ». A cet égard, Antoine Raogo Sawadogo considère que la décentralisation constitue pour l'Etat africain postcolonial, un instrument privilégié de refondation et de réformes structurelles et institutionnelles<sup>9</sup>.

L'organisation de la décentralisation au Cameroun est tributaire de l'héritage de l'administration du Cameroun sous tutelle française. L'héritage de l'administration du Cameroun sous tutelle de la Grande Bretagne est quasi inexistant depuis la loi d'uniformisation de 1974 qui a généralisé l'utilisation du concept de commune sur toute l'étendue du territoire et déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement de cette institution en s'inspirant exclusivement de l'exemple de la France. Dans son évolution institutionnelle, le Cameroun réuniifié s'est dépouillé de certaines références françaises dans l'organisation de son système communal, et a instauré certaines spécificités, voire certaines singularités qui ne se retrouvent nulle part ailleurs en Afrique. C'est le cas des collectivités territoriales à régime spécial administrés par des délégués de gouvernement nommés. Outre la nomination des délégués, ces collectivités constituent un niveau intermédiaire entre la commune et la région instituées par la Constitution. Créées par la loi, les communautés urbaines exercent sur les communes d'arrondissement qui les composent, une tutelle de fait et se présente de par leur composition comme une supra-commune. Cette singularité pourrait justifier la référence à un modèle camerounais de décentralisation. Mais la notion de modèle renvoie à plusieurs significations ; il faudrait donc savoir à laquelle s'en référer pour cerner la pensée de l'exécutif en matière de décentralisation.

La notion de modèle a tout d'abord été élaborée en sciences physiques et mathématiques, avant d'être intégrée et se généraliser en sciences sociales. Michel Armatte, partant de la signification de la notion de modèle en physique et en mathématique, analyse les différentes significations qu'elle revêt en sciences sociales<sup>10</sup>. La notion a d'abord été intégrée en économie à partir des années 1930 où elle connaîtra une transformation et un usage différent de celui employé en mathématique et en physique. A partir de 1935, le mot modèle s'emploie dans toutes les disciplines existantes, de manière à ce que l'on aboutisse à une généralisation de la notion.

---

<sup>9</sup> Raogo Antoine SAWADOGO, *L'Etat africain face à la décentralisation : la chaussure sur la tête*, Paris, Karthala, 2001.

<sup>10</sup> Michel ARMATTE, « La notion de modèle dans les sciences sociales : anciennes et nouvelles significations », in *Math. & Sci. hum. - Mathematics and Social Sciences* (43<sup>e</sup> année, n° 172, 2005(4), p. 91-123).

Jean-François Médard propose une définition de la notion de modèle à partir d'une réflexion sur « le modèle unique d'«Etat» »<sup>11</sup>. Selon lui la notion de modèle peut avoir *a priori* deux significations : positive et normative. La signification positive renverrait à la représentation mentale abstraite d'un objet qui peut être historique et relever de l'observation empirique. Dans cette perspective, un modèle sert à caractériser l'objet à certaines périodes de son histoire. La référence à la notion de modèle sert ainsi à cerner les caractéristiques de l'objet observé dans une perspective comparative. La signification normative, réfère à un type idéal. Le modèle ici est utilisé comme un instrument d'observation de la réalité, il sert de standard, et la référence à ce standard, fait du modèle une norme, même si sa visée reste purement analytique. Il souligne cependant que le modèle au sens analytique permet de mettre en exergue les caractéristiques de l'objet auquel renvoie le modèle. La valorisation de ces caractéristiques par les hommes politiques conduit selon lui, à faire du type idéal, un modèle valorisé à imiter. Il conclut ainsi qu'il faut distinguer trois significations du modèle : « le modèle descriptif, le modèle normatif-analytique, ou type idéal, et le modèle purement normatif à imiter »<sup>12</sup>. A quelle signification la notion de modèle de décentralisation auquel l'exécutif fait référence dans ce décret fixant les modalités de la coopération décentralisée, correspond-t-elle ?

Consacrée par la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 qui dispose que « le Cameroun est un Etat unitaire décentralisé », la décentralisation sera présentée par la loi d'orientation de 2004 comme une « décentralisation territoriale [qui] consiste en un transfert par l'Etat aux collectivités territoriales décentralisées (...) de compétences particulières et de moyens appropriés »<sup>13</sup>. L'institution des régions et des communes comme collectivités territoriales décentralisées (CTD), consacre deux niveaux de décentralisation, tout en laissant l'opportunité au législateur d'instituer d'autres paliers de décentralisation. Opportunité qu'il a saisie en 1987 en créant les communautés urbaine, palier intermédiaire entre la commune et la région. Ces CTD s'inscrivent cependant dans un processus de décentralisation dont « les institutions seront progressivement mises en place »<sup>14</sup>. Le principe de progressivité ainsi posé par la Constitution et

---

<sup>11</sup> Jean-François MEDARD, « Le modèle unique d'«Etat en question" », in *Revue internationale de politique comparée*, 4/2006 (Vol. 13), p. 681-696.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 682.

<sup>13</sup> Loi n° 2004/ 017 du 22 juillet 2004 d'orientation de la décentralisation, articles 1<sup>er</sup> et 2 al. 1.

<sup>14</sup> Loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 ; article 67 al. 1<sup>er</sup>.

confirmé par le législateur en 2004<sup>15</sup> peut s'interpréter comme une mesure de prudence de la part des autorités gouvernementales pour qui « la décentralisation n'est pas une course contre la montre, mais un processus raisonné et complexe duquel il faut attendre beaucoup (...) il faut ménager du temps et de la réflexion non seulement pour produire des textes de qualité, mais aussi des procédures de mise en œuvre réalisables »<sup>16</sup>.

Depuis 2004, le Cameroun a adopté plusieurs textes mettant en place les institutions d'accompagnement et de mise en œuvre de la décentralisation à l'instar de la commission interministérielle des services locaux et la commission nationale de décentralisation. Des dispositions financières ont été prises visant à garantir aux collectivités territoriales leur autonomie financière. On peut citer les lois de 2009 sur le régime financier des CTD et sur la fiscalité locale<sup>17</sup> qui instaure la taxe de développement local, la mise en place de la dotation générale de décentralisation et la réforme du FEICOM pour une meilleure répartition des centimes additionnels communaux entre les collectivités. Pierre Belebenie analysant « les transformations de la fiscalité locale au Cameroun »<sup>18</sup>, souligne que les réformes de la fiscalité au Cameroun ont toujours été incrémentale mais avec l'engagement du Cameroun dans le processus de la décentralisation a permis l'adoption de nombreux textes relatifs au droit financier dont la loi de 2009 marque l'aboutissement d'une ambitieuse réforme fiscale jamais entreprise depuis les indépendances. La répartition des compétences engagée en 2010 s'est achevée en 2015, mais le processus est loin d'être achevé. Les élus locaux déplorent les lenteurs enregistrées au niveau du pouvoir central quant au transfert effectif des ressources subséquent au transfert des compétences ; il dénonce l'insuffisance de la dotation générale de la décentralisation recommandant une augmentation substantielle de l'enveloppe budgétaire y relative.

De nombreuses ambiguïtés demeurent quant à l'exercice de la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales décentralisées. En effet, les dispositions de la loi de 2004 portant orientation de la décentralisation,

---

<sup>15</sup> Loi d'orientation de la décentralisation précitée, article 9 al. 2 : « le transfert et la répartition des compétences (...) obéissent aux principes de subsidiarité, de progressivité et de complémentarité ».

<sup>16</sup> Marafat HAMIDOU YAYA, ministre de l'Administration territoriale et de la Décentralisation cité par MBOUA, in *Mutation* du 24 juillet 2004, p. 6.

<sup>17</sup> Loi n° 2009/011 du 10 juillet 2009 portant régime financier des collectivités territoriales décentralisées ; loi n° 2009-019 du 15 décembre 2009 portant fiscalité locale.

<sup>18</sup> Pierre BELENENIE, *Les transformations de la fiscalité locale au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2016.

relatives à la tutelle instituent une tutelle *a posteriori* mais maintiennent la tutelle *a priori* sur certains actes notamment les actes à incidences financières tels le budget et le recrutement de certains personnels<sup>19</sup>. Elles instituent également un contentieux de légalité des actes locaux auprès des juridictions administratives mais un doute demeure quant au sort du décret de 1977 organisant la tutelle au Cameroun. Les régions ne sont pas encore mises en place même si le décret de 2008 portant organisation administrative, érige les provinces en régions. La décentralisation est certes engagée au Cameroun, mais le processus est loin d'être achevé. Comment donc parler du modèle de décentralisation camerounais ? En se référant à la définition de Jean François Médard, la notion de modèle sera ici appréhendée dans son approche positive c'est-à-dire considérée en fonction de la représentation mentale abstraite de la décentralisation qui peut être historique et relever de l'observation empirique.

Dans cette perspective, un modèle sert à caractériser l'objet à certaines périodes de son histoire ; la référence à la notion de modèle sert ainsi à cerner les caractéristiques de l'objet observé dans une perspective comparative. Quels sont à cet égard, les caractéristiques spécifiques de la décentralisation camerounaise qui la distinguent d'autres formes de décentralisation et conduisent les autorités camerounaises à la présenter comme un modèle ? Dans une analyse stratégique combinée avec l'analyse du choix rationnel, il s'agira dans cet article de souligner que la décentralisation au Cameroun au-delà de la mouvance des transitions démocratiques qui ont conduit nombre d'Etats africains à s'engager dans la décentralisation, résulte d'un choix politique effectué entre le fédéralisme et la décentralisation comme mode d'organisation de l'Etat (I). Ce choix qui marque la volonté des autorités politiques de garantir la forme unitaire de l'Etat oriente toutes les options gouvernementales en matière de décentralisation (II).

### **I. Le choix politique de la décentralisation comme mode d'organisation de la République du Cameroun**

La décentralisation au Cameroun telle que consacrée par la Constitution de 1996 est le résultat de la mise en œuvre des propositions de la Tripartite<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Loi n° 2004/017 du 22 juillet 2004 portant orientation de la décentralisation, article 66 et s.

<sup>20</sup> La Tripartite est une conférence instituée en lieu et place de la conférence nationale souveraine revendiquée par les partis de l'opposition s'inspirant des expériences d'autres pays africains à l'instar du Bénin ou du Gabon. Elle sera dirigée par le premier ministre, et réunira les membres du gouvernement, les représentants des partis politiques, ceux des pouvoirs publics et quelques personnalités indépendantes, d'où le terme "Tripartite".

tenue à Yaoundé du 30 octobre au 17 novembre 1991. La tripartite a été instituée en réponse aux revendications socio-politiques des leaders d'opinion et de la société civile relative à la tenue d'une conférence nationale "souveraine" à l'exemple de celles qui se sont tenues au Bénin, au Burkina Faso, au Gabon et au Mali<sup>21</sup>. Jugeant une conférence nationale souveraine "sans objet" pour le Cameroun, le président Paul Biya décida de créer par décret une Tripartite au sein de laquelle seront réunis le gouvernement, les représentants des partis de l'opposition et la société civile.

Les débats ont notamment porté sur la forme de l'Etat et son mode d'organisation. En fait, « l'indexation du centralisme politique et administratif comme l'une des principales causes des dysfonctionnements de l'Etat »<sup>22</sup>, a conduit à mener une réflexion sur les nécessités de réformer l'Etat et l'organiser sur un mode différent. Les propositions avancées portaient soit sur un retour au fédéralisme, soit sur une décentralisation du système de gestion de l'Etat.

#### **A. Le dilemme : décentralisation ou fédéralisme ?**

Malgré la diversité de définitions que les auteurs proposent pour cerner la notion de décentralisation, ils s'accordent tous sur le fait que celle-ci constitue un mode d'organisation de l'Etat, et à cet effet, elle s'oppose ou entre en concurrence avec d'autres modes d'organisation de l'Etat à l'exemple de la centralisation, la déconcentration, la régionalisation, la confédération ou le fédéralisme.

Le débat sur la forme de l'Etat oppose fréquemment la décentralisation et le fédéralisme car les deux modalités de gestion de l'Etat pose le problème de la répartition des compétences et des ressources entre le pouvoir central et des entités infra-étatiques. La décentralisation se distingue du fédéralisme du fait que les compétences des entités infra-étatiques (collectivités territoriales décentralisées) sont déterminées par le législateur tandis que dans le fédéralisme, ces compétences sont réparties par la Constitution fédérale.

Lors des échanges entre acteurs parties prenantes à la Tripartite, les options se sont cristallisées autour des deux modes d'organisation de l'Etat

---

<sup>21</sup> Charles NACH MBACK note que ces conférences ne sont pas en réalité souveraines. « Au Gabon, ces assises ne sont pas souveraines. Au Bénin et au Mali, la souveraineté dont elles se drapent leur permettent de donner force exécutoire à leur conclusion. Au Burkina Faso, on assiste à une sorte d'atomisation de cette notion sous la forme de différents forums sur les divers aspects des réformes institutionnelles du pays ». Cf. *Démocratisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 65. Qu'à cela ne tienne, ces conférences se sont tenues et elles ont abouti à l'engagement des dirigeants à décentraliser l'Etat. La conférence nationale s'est tenue au Gabon en mars-avril 1990.

<sup>22</sup> Charles NACH MBACK, *op. cit.*, p. 69.

que sont la décentralisation et le fédéralisme. Le fédéralisme était en majorité soutenue par les partis issus des régions anglophones et la décentralisation par les membres du gouvernement qui insistaient sur l'impératif de conserver le caractère unitaire de l'Etat.

### *1. Le refus du fédéralisme*

Le Cameroun a connu dans son histoire politique et constitutionnelle une mode fédéral d'organisation de l'Etat. L'expérience du fédéralisme qui a duré une décennie (1961-1972) est constamment invoquée par les défenseurs de cette forme d'organisation de l'Etat pour exiger un retour au fédéralisme. Mais Luc Sindjoun en fait une analyse peu reluisante. Il souligne en effet reprenant Pierre-François Gonidec, que bien plus qu'un fédéralisme d'agrégation, il s'agissait d'un fédéralisme d'absorption du Southern Cameroons par la République du Cameroun anciennement sous tutelle française. Il semble dire que le fédéralisme proclamé dans la Constitution de 1961 instituant l'Etat fédéral du Cameroun n'était en fait qu'un fédéralisme de façade instrumentalisé par les autorités politiques du Cameroun occidental comme une stratégie d'extension du territoire camerounais. En fait, la lecture que fait Luc Sindjoun du fédéralisme de la décennie 1960-1970 met en exergue une volonté politique manifeste des autorités politico-administratives de tradition francophone de dominer sur la partie anglophone et d'instaurer un ordre politique unitaire inspiré des traditions du centralisme étatique de l'ancien administrateur, la France<sup>23</sup>.

Le débat politique engagé sur le fédéralisme dès le début des années 1990 est étroitement liée à la question anglophone<sup>24</sup>. Cette frange de la population camerounaise regroupée dans deux provinces —aujourd'hui on parle de régions— dénonce la marginalisation et l'assimilation dont elle s'estime être l'objet de la part du pouvoir central et des populations francophones. Les élites de ces régions et les leaders politiques opportunistes qui veulent gagner cet électorat à leur cause proposent le fédéralisme comme seule solution plausible pour résoudre « le drame anglophone ». Cette proposition sera d'emblée rejetée par les tenants de l'Etat unitaire qui confondent volontairement fédéralisme et sécession, accusant tous les mouvements en faveur de la fédéralisation de l'Etat de sécessionnistes.

Mais ces manœuvres gouvernementales pour étouffer le débat sur le fédéralisme ne parviennent pas à empêcher les revendications des élites anglophones qui s'accroîtront en 1993 avec la création de la *All*

---

<sup>23</sup> Luc SINDJOUN, *L'Etat ailleurs. Entre noyau dur et case vide*, Paris, Economica, 2002, p. 127 et s.

<sup>24</sup> Piet KONINGS, « Le "problème anglophone" au Cameroun dans les années 1990 » in <http://www.politique-africaine.com/numeros/pdf/062025.pdf>.

*Anglophone Conference (AAC)*<sup>25</sup> mouvement fédéraliste qui fait écho au *Cameroon Anglophone Movement (CAM)*. Ces élites dénoncent un projet gouvernemental d'assimilation des régions anglophones et décrivent la « mise à sac de l'économie du Cameroun anglophone »<sup>26</sup> par un Etat unitaire inefficace et liberticide. Ils proposent de ce fait, le fédéralisme —entendu comme une décentralisation du pouvoir politique— comme seule solution acceptable à l'incapacité de l'Etat unitaire liberticide d'intégrer et de gérer les spécificités socio-culturelles de ses populations. Ils demandent par conséquent un retour à la forme fédérale de l'Etat. Cette proposition sera immédiatement rejetée par les tenants de l'unicité de l'Etat qui accusent les mouvements anglophones de sécessionnistes. Cette confusion terminologique qui assimile fédéralisme et sécession conduira certains des défenseurs du fédéralisme à nuancer leur position<sup>27</sup>. De plus, l'adhésion à l'Etat unitaire étant présentée dans la zone francophone comme la mesure formelle du patriotisme, la question du fédéralisme sera complexifiée et connaîtra une telle ambiguïté que, devant la disposition de l'Etat à « concéder un certain degré de décentralisation »<sup>28</sup>, soutenu en cela par des élites anglophones incorporées au régime, les défenseurs du fédéralisme n'ont pas eu d'autres issues que de faire quelques compromis.

Si le fédéralisme tend à s'imposer aujourd'hui en raison de la nécessité de plus en plus marquée de protéger les minorités ethniques, linguistiques et historiques et d'assurer leur intégration effective dans la communauté étatique, il demeure une option très peu prisée par les Etats africains. Il s'agit de permettre à ces minorités de se développer de façon autonome

## 2. La décision d'organiser l'Etat sur le mode de la décentralisation

Suite aux travaux de la Tripartite, un comité technique chargé des questions constitutionnelles a été mis sur pied. Parmi les questions inscrites dans l'agenda de ce comité, l'aménagement d'une nouvelle répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées par

---

<sup>25</sup> Cette association naît à la suite d'un forum qui s'est tenu à Buéa du 3 au 4 avril 1993. L'objet dudit forum consistait à « réfléchir sur le passé et l'avenir de la communauté anglophone au sein de la nation camerounaise ». Charles NACH MBACK, *op. cit.*, p. 143.

<sup>26</sup> Charles NACH MBACK, *op. cit.*, p. 128.

<sup>27</sup> Le SDF, principal parti de l'opposition évitera soigneusement de se prononcer directement sur la question fédérale tant celle-ci divise l'opinion nationale. En lieu et place du fédéralisme, il fait référence à « la dévolution du pouvoir et la décentralisation », formule vague qui ne permet pas de déterminer clairement sa position.

<sup>28</sup> Piet KONINGS, *op. cit.*, p. 33.

l'instauration d'un véritable pouvoir régional à l'échelon provincial. Les travaux de ce comité technique devaient être présentés lors d'une deuxième Tripartite annoncée. Mais ladite Tripartite n'a pas été convoquée et les travaux du comité ont été suspendus à la veille des élections présidentielles du 11 octobre 1992.

Le débat constitutionnel sera véritablement engagé en mai 1993 avec la décision du chef de l'Etat de créer un comité d'experts en charge d'élaborer une nouvelle Constitution. Les travaux de ce comité devaient trancher entre l'adoption d'une forme fédérale de l'Etat ou le maintien de la forme unitaire avec une organisation décentralisée. La question fédérale sera cependant ignorée du comité qui portera plutôt son attention sur la distinction entre les autochtones et les allogènes. Les consultations populaires organisées à partir du mois de mai 1995, avec pour objectif de permettre aux citoyens de se prononcer sur la forme de l'Etat sous lequel ils voulaient exercer leur citoyenneté ont favorisé l'option décentralisatrice au détriment du fédéralisme. Mais quoiqu'il en soit, le débat était biaisé dès le départ par des manœuvres politiques présentant le fédéralisme et ses défenseurs comme anti-patriotiques et déstabilisateurs de l'ordre social déjà considérablement fragilisé par la crise.

Pour briser le mouvement fédéraliste anglophone, le gouvernement a concédé certains postes d'envergure à certaines élites anglophones à l'instar de la primature et du secrétariat général de la présidence<sup>29</sup>. Fidèle à sa stratégie d'instrumentalisation des divergences et des contradictions au sein des élites politiques, il va distinguer dans le débat les revendications des ressortissants du Nord-Ouest de celles des ressortissants du Sud-ouest pour banaliser « le problème anglophone » et maintenir par tous les moyens le caractère unitaire de l'Etat. Alliant répression et alliances hégémoniques avec les élites anglophones prêtes à collaborer avec le pouvoir en place, il étouffera toutes les velléités fédéralistes en engageant le Cameroun dans les voies de la décentralisation. Le fédéralisme a été systématiquement rejeté au Cameroun, les gouvernants tenant absolument à conserver la forme unitaire de l'Etat. Ce rejet a cristallisé les débats autour de la question de la décentralisation qui selon Antoine Raogo Sawadogo, devrait entraîner une refondation de l'Etat africain postcolonial sans pour autant remettre en cause son caractère unitaire<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> En 1992, Simon Achidi Achu, du Nord-Ouest, et Ephraïm Inoni du Sud-Ouest sont respectivement nommés premier ministre et secrétaire général adjoint à la présidence.

<sup>30</sup> Antoine Raogo SAWADOGO, *L'Etat africain face à la décentralisation*, Paris, Karthala, 2001.

### ***B. La consécration de la forme unitaire de l'Etat***

Le Cameroun est selon l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi constitutionnelle de 1996, un Etat unitaire décentralisé. Certes l'Etat opte pour la décentralisation mais le cadre strict et formel de la forme unitaire de l'Etat. Ce que confirme la suite de l'alinéa « Elle est une et indivisible ». Cette réaffirmation de l'unicité et de l'indivisibilité de la République « entraîne de manière implicite la condamnation du fédéralisme »<sup>31</sup>. Cette disposition est une réponse aux revendications fédéralistes de 1990 et le Président l'a réitéré lors de son discours à la nation le 31 décembre 2016 « L'Etat est un et indivisible » en réponse aux revendications sociales des régions anglophones qui se sont muées au fil des négociations en revendications fédéralistes. L'Etat unitaire est défini par Francis Delpérée comme l'Etat dans lequel, « la volonté politique s'y exprime que d'une seule et même voix ».

#### *1. L'Etat unitaire décentralisé*

La décentralisation est en fait et en pratique un mode de gestion de l'Etat dont la mise en œuvre effective nécessite la « ... volonté politique [de] céder (...) pouvoir (...), autorité et (...) ressources aux collectivités territoriales »<sup>32</sup>. Induisant une redistribution des rôles entre l'Etat et les acteurs infra-étatiques « la décentralisation implique un partage du pouvoir, des ressources et des responsabilités et doit permettre de rapprocher géographiquement les prises de décision des populations »<sup>33</sup>. Ainsi, plus qu'un transfert de compétence, la décentralisation est un partage de pouvoir entre le centre et les structures périphériques, elle est un mode de gestion de l'Etat qui introduit de nouvelles pratiques de gestion administrative et politique.

La complexité des problèmes à gérer et la complexité des mesures à prendre et à articuler pour gérer ces problèmes rendent indispensable de créer et de renforcer « des centres de décision, capables d'anticiper les effets induits des mesures à prendre »<sup>34</sup>. Alors le niveau local devient l'échelle d'intervention publique capable de gérer les complexités liées au processus du développement.

La Constitution consacre l'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales comme principe de gestion des intérêts locaux et

---

<sup>31</sup> Célestin KEUTCHA TCHAPGNA, « Les mutations récentes du Droit administratif camerounais » in *Juridis Périodique* n° 41, 2000, p. 75-87 ; spéc. p. 77.

<sup>32</sup> Angelo BONFIGLIOLI, *Le pouvoir des pauvres, la gouvernance locale pour la réduction de la pauvreté*, New York, FENU, 2003, p. 47.

<sup>33</sup> Jean- Christophe DEBERRE, « Décentralisation et développement local », in *Afrique contemporaine*, 2007/1, n° 221, p. 48.

<sup>34</sup> Claude MARCHANT, *op. cit.*, p. 162.

régionaux<sup>35</sup>. L'aménagement de cette autonomie est du ressort du législateur<sup>36</sup>. L'effectivité de cette autonomie administrative et financière reconnue aux collectivités « (...) leur permettrait de faire fonctionner leurs services à plein régime, devenant ainsi de véritables pôles de développement urbain au profit de leurs habitants »<sup>37</sup>.

La reconnaissance d'une autonomie de gestion aux CTD suppose « la reconnaissance par le pouvoir central de l'existence au sein de la nation, d'intérêts parcellaires distincts des intérêts de celle-ci, les « affaires locales » susceptibles d'être érigés en centres de décision administratifs distincts de l'Etat lui-même »<sup>38</sup>. Selon le professeur Rivero, cette « reconnaissance d'une catégorie des affaires locales distinctes des affaires nationales est la donnée première de toute décentralisation »<sup>39</sup>.

La notion d'« intérêts locaux » inclut une autonomie juridique, financière et stratégique qui permet aux autorités locales d'élaborer des politiques publiques reflétant les souhaits de l'électorat local et de la société civile au sens large avec ses propres préférences et ses valeurs partiellement spécifiques<sup>40</sup>. Cette reconnaissance implique *de facto* un transfert de compétences de l'Etat central vers les collectivités infra-étatiques. L'exercice de ces compétences est le fait d'une administration locale dotée d'un pouvoir fiscal et budgétaire reconnu et garanti. L'autonomie administrative et financière implique donc pour la collectivité, « (...) à la fois la liberté de

---

<sup>35</sup> Loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 précitée, article 55 al. 2 : « Les collectivités territoriales décentralisées (...) jouissent de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts régionaux et locaux ».

<sup>36</sup> Loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 précitée, article 26, paragraphe c al. 2. « Sont du domaine de la loi (...) l'organisation, le fonctionnement, la détermination des compétences et des ressources des collectivités territoriale décentralisées ». Peut également être cité l'article 55 al. 5 de la même loi : « L'organisation, le fonctionnement et le régime financier des collectivités territoriales décentralisées sont déterminées par la loi ». Référence peut être également faite à l'article 56 sur les compétences du législateur en la matière pour ce qui est des régions.

<sup>37</sup> J. OBAM MFOU'OU, *Cameroon Tribune* n° 5363 du 21 avril 1993, p. 6.

<sup>38</sup> Thierry MICHALON, *La décentralisation : les régimes d'administration locale*, Paris, Syros-alternatives, 1988, p. 15.

<sup>39</sup> Jean RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Précis Dalloz, 1971, p. 286.

<sup>40</sup> Allan MCCONNELL, « Les relations entre les échelons central et local en Écosse », in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2006/1, vol. 72, p. 79-91, spéc. p. 80. Disponible sur <http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-administratives-2006-1-page-79.htm>

décider et d'agir dans le respect des lois, et la capacité de le faire grâce à des ressources suffisantes dont elle peut disposer librement »<sup>41</sup>.

## 2. La réaffirmation du principe de l'indivisibilité de l'Etat

L'indivisibilité est une notion qui connaît une variété d'emplois constitutionnels et par conséquent polysémique. Né de la Convention du 22 septembre 1792 qui a proclamé la République en France, « affirmé qu'elle était "une et indivisible" pour mieux sceller son indépendance et précisé son caractère unitaire »<sup>42</sup>. S'arrimant à la conception française de l'indivisibilité, les autorités camerounaises appréhendent le fédéralisme comme une menace à l'unité territoriale et pose le caractère unitaire de l'Etat comme la garantie sine qua none de son indivisibilité. Or comme le souligne Thomas Fleiner-Gerster « l'Etat est une entité indivisible parce que la souveraineté n'est pas divisible »<sup>43</sup>. A cet égard, aucune distinction ne peut être faite entre Etat unitaire et Etat fédéral car le caractère de l'Etat quelle que soit sa forme, dépend de l'indivisibilité de la souveraineté. Mais pour les dirigeants des Etats africains issus de l'ancienne administration coloniale française, l'indivisibilité de l'Etat est dans son essence intrinsèquement lié au caractère unitaire de l'Etat et traduit le refus systématique voire le rejet systématique du fédéralisme. Au Burkina Faso ou au Mali où la question du fédéralisme a été souvent mentionnée, il n'y a pas eu de véritable débat dans le fond. Mais au Cameroun, la question subsiste du fait d'une culture anglo-saxonne de l'Etat héritée de l'administration de la tutelle britannique et dont les ressortissants des régions anglophones se veulent les défenseurs et les garants au sein de la communauté étatique. Ils préconisent le fédéralisme comme l'unique moyen d'y parvenir tout en garantissant l'indivisibilité de l'Etat. Mais comme le fait remarquer Charles Nach Mback.

Ce débat sur la réforme constitutionnelle est révélateur d'une profonde crise de l'intégration politique des différentes composantes sociologiques de la nation. Les symptômes de cette crise s'observent à la cristallisation des revendications identitaires autour de la problématique autochtones / allogènes<sup>44</sup> qui a fini par prendre le pas sur les débats relatifs à la forme de

---

<sup>41</sup> Gérard MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », in Les 2<sup>èmes</sup> entretiens de la caisse dépôts, *op. cit.*, p. 31-83, spéc. p. 36.

<sup>42</sup> Félicien LEMAIRE, *Le principe de l'indivisibilité de la République*, Rennes, PUR, 2010, p. 11.

<sup>43</sup> Thomas FLEINER-GERSTER, *Théorie générale de l'Etat*, Genève, GIP, 1986, p. 211

<sup>44</sup> Pour plus de détails, Cf. Luc SINDJOUN, « Identité nationale et "révision constitutionnelle" du 18 janvier 1996 : comment constitutionnalise-t-on le "nous" au

l'Etat. Cette controverse autour de la distinction autochtone / allogène instaure un débat sur le local et développe de fait une dynamique de revendication de l'autonomie locale<sup>45</sup>. C'est dans cette dynamique que se tiendront les premiers scrutins municipaux pluralistes dans un cadre de compétition électorale. Survenant quelques jours après l'adoption de la loi constitutionnelle instituant la décentralisation et ce dans un climat d'insatisfaction générale<sup>46</sup>, ces élections ont donné un aperçu de l'orientation politique de la décentralisation au Cameroun entendue comme la distribution territoriale du pouvoir entre le centre et la périphérie.

## **II. Les options du gouvernement camerounais en matière de décentralisation**

Trois principes fondent l'action gouvernementale en matière de transfert des compétences et des ressources : la subsidiarité, la progressivité et la complémentarité<sup>47</sup>. Le principe de subsidiarité<sup>48</sup> est « un principe de philosophie sociale qui consiste en la recherche constante d'un niveau de décision aussi proche que possible de l'individu »<sup>49</sup>. Transposé en droit et en politique, le principe permet de « déterminer les services qui peuvent être

---

Cameroun dans l'Etat post-unitaire ? », in *Polis*, Vol. 1, spécial février 1996, consulté sur <http://www.polis.sciencespobordeaux.fr/vol1ns/article2.html>.

<sup>45</sup> Pour une meilleure appréhension des débats y relatifs, cf. Hélène-Laure MENTHONG, « La construction des enjeux locaux dans le débat constitutionnel au Cameroun » in *Polis*, Vol. 2, n° 2, septembre 1996, consulté sur <http://www.polis.sciencespobordeaux.fr/vol2n2/arti3.html>.

<sup>46</sup> La décentralisation n'a pas fait l'unanimité au sein des instances mises en place pour penser la réforme constitutionnelle. L'absence de concertation, l'opacité des procédures et la méconnaissance du calendrier des réformes qui est demeuré le seul fait du prince font de la décentralisation un « produit » étatique dont la fabrication a finalement engagé très peu de monde. Pour plus de détails à ce propos cf. Charles NACH MBACK, *op. cit.*, p. 169-171. Il présente la décentralisation comme le résultat d'une « conspiration » de l'Etat contre la société civile et les populations.

<sup>47</sup> Loi d'orientation de la décentralisation précitée, article 9 al. 2. Le législateur camerounais consacre ainsi formellement à l'exemple des législateurs burkinabé et gabonais le principe de subsidiarité. Cf. loi n° 040/98/AN du 3 août 1998, loi d'orientation de la décentralisation au Burkina Faso, article 15 : « Les compétences et les ressources des collectivités sont déterminées par la loi selon le principe de subsidiarité ».

<sup>48</sup> Cf. Francis DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, L.G.D.J., 2002.

<sup>49</sup> Françoise LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in Francis DELPEREE (dir.), *op. cit.*, p. 21- 45, spéc. p. 22-23.

décentralisés, privatisés ou gérés de manière communautaire »<sup>50</sup>. La référence au principe de subsidiarité pour déterminer les échelons pertinents de l'intervention de la puissance publique établit que « toutes les décisions économiques doivent être prises au niveau décentralisé (...) sauf s'il y a avantage à faire intervenir l'Etat central »<sup>51</sup>. Cependant Jossy Materu ne limite pas le principe de subsidiarité à la seule question de l'échelon pertinent pour l'exercice d'une compétence. Il estime que ce principe doit guider la nouvelle fonction de l'Etat dans le cadre de la décentralisation définie « en termes de création d'un environnement favorable au jeu des acteurs, mais aussi d'évaluation et de contrôle des actions des autres acteurs et de la nécessaire péréquation »<sup>52</sup>.

#### **A. La décentralisation territoriale à deux ou à trois paliers ?**

Les collectivités territoriales au Cameroun sont, selon la Constitution de 1996 révisée en 2008, les régions et les communes et toute autre collectivité créée par la loi. En 1987, l'adoption de la loi portant création des communautés urbaines, a introduit dans le paysage institutionnel de la décentralisation, une nouvelle forme de collectivité territoriale. Mais cette loi a été abrogée par la loi de 2004 portant règles applicables aux communes, qui consacre néanmoins cette forme de collectivité territoriale, comme une commune à régime spécial. Commune ou nouvelle forme de collectivité territoriale ? La communauté urbaine au Cameroun crée une véritable ambiguïté et son statut suscite une interrogation : une décentralisation à deux ou à trois paliers ?

##### *1. La commune*

Le concept de commune a été introduit au Cameroun sous-mandat français, à la faveur du décret du 23 avril 1941<sup>53</sup> qui institue des communes

---

<sup>50</sup> Jossy MATERU, intervention lors d'un débat en atelier sur le thème : « L'articulation entre la décentralisation et les politiques sectorielles » in PDM, *Observatoire de la décentralisation, La mise en œuvre des politiques de décentralisation en Afrique, Atelier de préparation de la CADDEL*, compte-rendu des débats, Cotonou, 25-26 avril 2002, p. 33

<sup>51</sup> Samuel C. NANA-SINKAM, *op. cit.*, p. 146.

<sup>52</sup> Josy MATERU, intervention lors d'un débat en atelier sur le thème : « L'articulation entre la décentralisation et les politiques sectorielles » in PDM, *Observatoire de la décentralisation, La mise en œuvre des politiques de décentralisation en Afrique, Atelier de préparation de la CADDEL*, compte-rendu des débats, Cotonou, 25-26 avril 2002, p. 33.

<sup>53</sup> Décret du 23 avril 1941 organisant le régime des communes mixtes au Cameroun français. Ce décret attribue au gouverneur le pouvoir de créer des communes mixtes.

mixtes<sup>54</sup>. Roger Gabriel Nlep entrevoit dans ce texte « la marque d'une décentralisation extrêmement timide »<sup>55</sup>. Mais Luc Sindjoun considère que la création des communes effectuée à la suite de ce décret constitue davantage un processus de municipalisation plutôt qu'une décentralisation, municipalisation qu'il définit comme « une technologie politico-institutionnelle de restructuration de l'espace et du jeu politique local (...) »<sup>56</sup>. Technique de gestion administrative des territoires, la municipalisation consiste à tracer les contours géographiques des localités pour faciliter leur gestion. Sa mise en œuvre dans le Cameroun sous mandat puis sous tutelle française a conduit à la création de plusieurs types de communes entre 1941 et 1955<sup>57</sup>. A la faveur de la loi du 18 novembre 1955<sup>58</sup>, de nouvelles communes sont instaurées favorisant selon Roger Gabriel Nlep « une systématisation de la décentralisation en Afrique noire française en général et au Cameroun en particulier »<sup>59</sup>. Cependant Luc Sindjoun parlera de « municipalisation progressiste »<sup>60</sup>. L'ordonnance 59/67 du 27 novembre 1959 va transformer la municipalisation en une véritable politique de communalisation qui se développera entre 1960 et 1972. Avec la

---

<sup>54</sup> En écho au décret précité, le gouverneur de la France au Cameroun crée les communes mixtes de Douala et Yaoundé. Cf. arrêté du 25 juin 1941 portant création d'une commune à Douala et à Yaoundé.

<sup>55</sup> Roger GABRIEL, *NLEP, L'administration publique camerounaise : « contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique »*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, p. 90.

<sup>56</sup> Luc SINDJOUN, *op. cit.*, p. 158 et s.

<sup>57</sup> Le mouvement de création des communes débute en 1941 avec la création des communes mixtes urbaines de Douala et de Yaoundé. Mais cet élan de municipalisation sera mis en veilleuse pendant la seconde guerre mondiale. En 1950, le mouvement reprendra avec la création de nouvelles unités communales, et en 1952, sont créées les premières communes mixtes rurales : Essé, Okola, Sa'a Nanga Eboko, Akonolinga, Mbalmooyo, Ebolowa, Ambam. Le mouvement se poursuit avec la création des communes mixtes urbaines de Ngaoundéré, Bafang et Bafoussam en 1953 et Eséka en 1954. En 1955, la municipalisation dans cette partie du territoire connaît un point marquant avec la loi du 18 novembre 1955, portant réorganisation municipale en Afrique Française.

<sup>58</sup> Loi n° 55-1489 du 18 novembre 1955 portant réorganisation municipale en Afrique Orientale Française, au Togo, au Cameroun et à Madagascar. Cette loi détermine les modalités de création et fixe le statut des communes de plein exercice et communes de moyen exercice. Elle introduit de fait les concepts nouveaux de communes de plein exercice et communes de moyen exercice. A partir de ce moment, Douala, Yaoundé et Nkongsamba sont érigés en communes de plein exercice et les autres communes mixtes urbaines en communes de moyen exercice.

<sup>59</sup> Roger GABRIEL *NLEP, op. cit.*, p. 91.

<sup>60</sup> Luc SINDJOUN, *op. cit.*, p. 160.

communalisation, la commune cesse d'être « simplement une portion du territoire national dont les contours sont tracés selon l'arbitraire de la cartographie administrative »<sup>61</sup>. Il ne s'agit plus pour les administrateurs de mettre en œuvre une simple technique d'organisation administrative, mais d'intégrer désormais la commune dans « un processus politique de revendications des libertés locales »<sup>62</sup>. Dès lors, la collectivité s'appréhende comme « une communauté humaine unie par une solidarité d'intérêts qui légitimise ses revendications pour la reconnaissance d'une identité spécifique au sein de l'ensemble national »<sup>63</sup>. Elle fait référence selon Raogo Antoine Sawadogo, à « une communauté d'intérêts caractérisée par l'existence d'un groupement humain présentant généralement une homogénéité économique, géographique et culturelle »<sup>64</sup>.

Sur le plan juridique, le statut de la commune a considérablement évolué depuis 1960. D'abord « collectivité locale, dotée de la personnalité morale et jouissant d'une autonomie financière »<sup>65</sup>, puis « collectivité publique décentralisée, personne morale de droit public dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »<sup>66</sup>, la commune est aujourd'hui « collectivité territoriale décentralisée, personne morale de droit public, jouissant de l'autonomie administrative et financière »<sup>67</sup>. Elle se définit comme « une personne morale de droit public. Elle jouit de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts ...locaux. Elle s'administre librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi »<sup>68</sup>. Personne morale de droit public, la commune, « collectivité territoriale, peut avoir un patrimoine qu'elle gère de manière indépendante, malgré un contrôle léger de l'Etat sur la légalité des actes accomplis, ...elle peut défendre ses intérêts propres, enfin, ...elle peut conclure des contrats avec d'autres personnes »<sup>69</sup>. La notion de communautés d'intérêts est ici permanente. Que constitue donc l'intérêt d'une commune ? Institution étatique, la commune « a une mission générale de développement local et l'amélioration du cadre et des conditions de vie de ses habitants ». Elle assure ainsi sur le plan local des missions d'intérêt général et de service public.

---

<sup>61</sup> Charles NACH MBACK, *op. cit.*, p. 34.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> Raogo Antoine SAWADOGO, *op. cit.*, p. 241.

<sup>65</sup> Constitution de 1960, article 46.

<sup>66</sup> Loi n° 74/23 du 5 décembre 1974 portant organisation communale au Cameroun ; Article 1<sup>er</sup>.

<sup>67</sup> Loi constitutionnelle de 1996, article 55.

<sup>68</sup> Loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, article 55 alinéa 2.

<sup>69</sup> Raogo Antoine SAWADOGO, *op. cit.*, p. 241.

## 2. La communauté urbaine

Créée par la loi en 1987<sup>70</sup>, la communauté urbaine a un statut juridique différent de celui de la commune instituée par la Constitution. La différence de statut entre la commune et la communauté urbaine établit selon toute logique une dignité normative inégale ou du moins un statut inégal au profit des communes qui, consacrée par la Constitution ont en principe un statut supérieur à celui de la communauté urbaine qui est une institution législative<sup>71</sup>. Mais contre toute attente, la communauté urbaine se présente dans le décor communal comme une super structure décentralisée<sup>72</sup> qui de l'avis du gouvernement est « la traduction dans les faits de l'encouragement des municipalités à se mettre ensemble dans le cadre de la solidarité intercommunale »<sup>73</sup>. Cependant cette vocation à l'intercommunalité de la communauté urbaine se heurte à trois limites. Tout d'abord, elle est un acte de création du pouvoir central et n'émane pas de la volonté des communes qui la composent<sup>74</sup>. Ensuite, elle est administrée par un délégué du gouvernement nommé par décret du président de la République<sup>75</sup>. Enfin, elle est définie par la loi comme « une personne morale de droit public jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »<sup>76</sup>. Elle ne dispose donc pas d'une autonomie administrative mais cependant les règles

---

<sup>70</sup> Loi n° 87/015 du 15 juillet 1987 portant création des communautés urbaines.

<sup>71</sup> Bernard Raymond GUIMDO DONGMO parlera du statut constitutionnel de la région et de la commune et du statut législatif de la communauté urbaine. Cf. « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun. Contribution à l'émergence d'un droit constitutionnel des Collectivités territoriales décentralisées » in *RGD*, n° 29, 1998, p. 79-100, spéc. p. 83-84.

<sup>72</sup> Jacques KAGO LELE, *Les complexités de gestion des collectivités territoriales décentralisées. Le cas de Bafoussam*, Yaoundé, Hozer, 2009, p. 47.

<sup>73</sup> Daniel NTYE NTYE, « Les enjeux de l'intercommunalité pour le développement local », communication lors du séminaire-atelier de Kribi en décembre 2010 sur l'intercommunalité.

<sup>74</sup> Loi n° 2004/018 fixant règles applicables aux communes, article 109 alinéa 1<sup>er</sup> « Certaines agglomérations urbaines, en raison de leur particularité, peuvent être érigées en communautés urbaines par décret du président de la République ». Article 126 « Le Président de la République peut, par décret, [ériger en communauté urbaine], toute commune en raison de son importance et de son niveau de développement ».

<sup>75</sup> Loi n° 2004/018 fixant règles applicables aux communes, article 115 alinéa 1<sup>er</sup> « Un délégué du gouvernement nommé par décret du président de la République exerce la plénitude des fonctions et des attributions dévolues au maire à la tête de la Communauté urbaine ».

<sup>76</sup> Loi précitée, article 109 alinéa 2.

applicables aux communes lui sont mutatis mutandis applicables. A la différence du Cameroun, certains pays comme le Niger ou la Mauritanie disposent des communautés urbaines. Mais elles sont toutes créées par la loi et administrées par des organes élus<sup>77</sup>.

La loi de 2004 portant règles applicables aux communes institue la communauté urbaine comme une commune à régime spécial. Mais dans la pratique, elle se présente comme un niveau intermédiaire entre la commune et la région, dans la mesure où elle regroupe en son sein les différentes communes d'arrondissement du chef-lieu de la région et des autres villes où elle a été instituée.

### *3. La région*

La région a un double statut au Cameroun : circonscription administrative et collectivité territoriale. Anciennement province, elle est depuis la loi constitutionnelle de 1996 dénommée région. En tant que collectivité territoriale, elle constitue le deuxième palier de la décentralisation selon la Constitution. Depuis l'adoption de la loi de 2004 fixant règles applicables aux régions et le décret de 2008<sup>78</sup> instituant les régions, plus aucun texte n'a été adopté pour assurer le fonctionnement effectif des régions. La loi fixant les conditions d'élection des conseillers régionaux est toujours en attente. La région demeure donc sur le plan de la décentralisation, une inconnue du modèle camerounais de la décentralisation, modèle qui repose exclusivement jusqu'à l'heure sur la commune et la communauté urbaine.

## ***B. L'organisation de la décentralisation sous un double régime commun et spécial***

Au Cameroun, la commune est la collectivité territoriale décentralisée de base<sup>79</sup> et dans l'article 2 de la loi du Bénin sur l'organisation des communes, « La commune constitue le cadre (...), l'expression de la décentralisation »<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> La loi n° 2002-015 du 11 Juin 2002 portant création de la communauté urbaine de Niamey ; la loi n°2002-016 du 11 juin 2002 portant création des communautés urbaines de Maradi, Tahoua et Zinder

<sup>78</sup> Décret n° 2008/376 du 12 novembre 2008 portant organisation administrative de la République du Cameroun. L'article 1<sup>er</sup> de ce décret dispose que « le territoire de la République du Cameroun est organisé en circonscription administrative » (al. 1) et au nombre de ces circonscriptions figurent les régions (al. 2). Il convient de rappeler que les régions s'érigent en lieu et place des provinces.

<sup>79</sup> Loi n° 2004/018 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux communes, article 2 alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>80</sup> Loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en république du Bénin.

Il n'est donc pas possible de parler de décentralisation sans l'existence de communes ou d'institutions qui en tiennent lieu. Mais l'existence de collectivités territoriales ne suffit pas pour parler décentralisation. Il faut que ces collectivités jouissent d'une autonomie réelle qui ne peut leur être garantie que par l'élection de l'organe délibérant. Le régime de l'élection de l'organe délibérant constitue ainsi le régime commun de la décentralisation. Mais au Cameroun, à côté de la commune dont l'organe délibérant est élu, il existe une forme de collectivité territoriale, la communauté urbaine dont l'exécutif est nommé et l'organe délibérant constitué certes de membres élus de l'organe délibérant des communes mais qui n'en demeure pas moins un organe délibérant non élu au sein de la communauté urbaine.

### *1. Le régime commun*

Le régime commun de la décentralisation est celui de l'élection de l'organe délibérant et de l'exécutif des collectivités territoriales décentralisées. Le principe est d'élire l'organe délibérant qui élit en son sein un exécutif. Et de manière classique, le régime de l'élection de l'organe délibérant de la collectivité est fixé par la loi conformément aux dispositions constitutionnelles : « Elle s'administre librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi ». Ce principe qui constitue le fondement même de la décentralisation, connaît une certaine ambiguïté dans son énonciation. Cette ambiguïté se situe dans la difficulté de déterminer si la loi fixe les conditions d'exercice de la libre administration, ou si elle fixe les conditions d'élection du conseil communal en charge d'administrer la commune. Sans s'attarder sur cette « ambiguïté du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités locales au Cameroun »<sup>81</sup>, il importe de relever simplement que l'absence d'un texte législatif déterminant les conditions d'exercice de la libre administration à l'exemple de certains pays africains tels le Mali et le Niger<sup>82</sup> peut porter à conclure que le constituant camerounais ne laisse pas le soin au législateur d'encadrer cette liberté, mais plutôt les conditions d'élection des conseils qui doivent la mettre en œuvre.

---

<sup>81</sup> Charles NACH MBACK, « Un siècle de communalisation au Cameroun. Les misères de la démocratie urbaine » in <http://afrikibouge.com/publications/mback%205.pdf>.

<sup>82</sup> Loi n° 93-008/AN-RM du 11 février déterminant les conditions de la libre administration des collectivités territoriales au Mali, loi n° 96/006 du 6 février 1996 déterminant les principes fondamentaux de la libre administration des régions, des départements et des communes, ainsi que de leurs compétences et de leurs ressources au Niger.

## 2. Le régime spécial

En 1967<sup>83</sup>, le Cameroun introduit dans son système de gestion communale, un statut dérogatoire de droit commun : la commune de plein exercice à régime spécial<sup>84</sup>. Ce type de commune à statut particulier « se caractéris[è] par le mode de désignation de ses organes : d'une part, le conseil municipal est formé par voie électorale et (...) désigne en son sein un président assisté d'un ou plusieurs vice-présidents ; d'autre part, l'exécutif municipal est conduit par un délégué du Gouvernement nommé en conseil de cabinet »<sup>85</sup>.

En 1987, poursuivant une certaine réforme des collectivités territoriales, le gouvernement du « renouveau »<sup>86</sup> érige les communes urbaines de Yaoundé et de Douala en communautés urbaines de Yaoundé et de Douala<sup>87</sup>. La communauté urbaine est une collectivité territoriale décentralisée dont le statut est identique à celui de la commune à régime spécial. Elle déroge au droit commun. La veille des élections municipales pluralistes au Cameroun, le Cameroun connaît deux types de collectivités territoriales à statut dérogatoires de droit commun : les communes urbaines à régime spécial et les communautés urbaines. Il faut dire que préalablement à l'organisation des élections municipales pluralistes de 1996, l'Etat a placé sous régime spécial, neuf communes urbaines dans lesquelles s'observaient une forte mobilisation populaire contre le régime en place<sup>88</sup>.

Les élections municipales organisées dans le cadre nouveau du pluralisme politique vont aboutir à un changement notable de pouvoirs municipaux dans nombre de collectivités. Le parti au pouvoir est largement vainqueur à l'échelle nationale, mais l'opposition acquiert le contrôle de municipalités importantes à l'instar de Douala, Bamenda, Limbé, Nkongsamba, Garoua. Le pouvoir central limitera la portée de cette victoire en nommant à la tête des dites collectivités, des délégués de gouvernement dotés de pouvoirs

---

<sup>83</sup> Loi du 1<sup>er</sup> mars 1967 portant modification du statut des communes de plein et de moyen exercice.

<sup>84</sup> Ce statut de CPE à régime spécial est attribué aux communes de Douala, Yaoundé et Nkongsamba.

<sup>85</sup> Gérard Martin PEKASSA NDAM, « La classification des communes au Cameroun » in *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol. 6, n° 1, 2009, p. 229-266, spéc. p. 236.

<sup>86</sup> Tel est le thème sous lequel le nouveau régime en place, le gouvernement Biya, place son action politique.

<sup>87</sup> Décret n° 87/1365 du 25 septembre 1987 portant création de la communauté urbaine de Yaoundé, décret n° 87/1366 du 25 septembre 1987 portant création de la communauté urbaine de Douala.

<sup>88</sup> Ces communes sont : Limbé, Bamenda, Maroua, Garoua, Edéa, Kumba, Bafoussam, Ebolowa. Douala, Yaoundé, Nkongsamba et Bamenda y ayant été soumises plus tôt.

considérables<sup>89</sup>. Une manifestation sera organisée de ce fait le 1<sup>er</sup> mars 1996 à Limbé pour protester contre la nomination des délégués du gouvernement à la place des maires élus. Cette manifestation sera fortement réprimée par le gouvernement faisant des morts et des blessés. La réaction du gouvernement traduit *a priori* sa volonté d'encadrer très étroitement les libertés qu'il entend concéder aux autorités locales, « une volonté ferme de consolidation du caractère central du pouvoir et de la gouvernance »<sup>90</sup>. Cette volonté demeure une constante dans la mise en œuvre du processus de décentralisation en cours.

Les lois de 2004 encadrant la décentralisation bien qu'abrogeant les communes à régime spécial, ne change pas la donne car en 2008, les grands centres urbains vont être érigés en communautés urbaines dirigés par des délégués de gouvernement nommés. L'érection systématique des grands centres urbains en communautés urbaines s'apparentent à des stratégies de contournement où « l'on donne de la main droite et l'on reprend de la main gauche »<sup>91</sup>. L'Etat camerounais, fort de sa tradition de centralisation œuvre de manière à contrôler de bout en bout le processus et s'assure en créant les communautés urbaines, « d'encadrer étroitement les initiatives locales »<sup>92</sup>. La formule de la communauté urbaine administrée par des délégués de gouvernement nommés participe d'une recentralisation du pouvoir au sein même du processus de décentralisation. Ce n'est pas la communauté urbaine en soi qui est un problème ni même le régime particulier qui la régit, car il existe au Bénin et au Niger, et dans bien d'autres pays, des communautés urbaines et des communes à statut particulier. Mais dans tous ces pays, les administrateurs de ces collectivités à statut particulier sont élus.

Le régime spécial n'est nullement spécifique au Cameroun car dans d'autres pays à l'exemple du Bénin ou du Niger, certaines communes sont placées sous régime spécial. Cependant la différence avec le Cameroun, se situe dans le fait que, ces collectivités, même placées sous régime spécial ont des organes élus. Les communes à statut particulier au Bénin sont organisées

---

<sup>89</sup> Les communes à régime spécial instituées en 1993 n'avaient pas jusqu'en 1996 de délégués de gouvernement nommés à leur tête. C'est suite aux résultats des élections municipales de 1996 que le président procédera à leur nomination.

<sup>90</sup> Martin Paul ZE, *op. cit.*, p. 25.

<sup>91</sup> Chief EKUM, chef traditionnel du village de Bimbia, interviewé le 30 août 2010 à Limbé. Cet avis du Chief Ekum est partagé par certains acteurs locaux qui ne comprennent pas le bien-fondé des communautés urbaines ayant à leur tête des délégués de gouvernement nommés et qui exercent une tutelle de fait sur les communes d'arrondissement.

<sup>92</sup> Jean NJOYA, *op. cit.*, p. 298.

## Le modèle camerounais de décentralisation

par la loi<sup>93</sup> et leurs organes sont élus. Et de plus le nombre de collectivités placées sous régime spécial est extrêmement réduit. Au Bénin il y en trois, au Niger quatre. Au Cameroun en revanche, pratiquement toutes les grandes villes et certains arrondissements ont été érigés en communautés urbaines de telle enseigne que l'on finisse par interroger l'existence d'une volonté politique effective de décentraliser.

\*

\* \*

La décentralisation est un processus historique au Cameroun dont les prémices remontent à l'administration sous mandat franco-britannique. Mais l'héritage qui domine, structure et oriente les options du Cameroun dans sa mise en œuvre est celui du régime français. Prenant naissance dans les mouvements de municipalisation engagés dans le Cameroun sous mandat français en 1941, la décentralisation au Cameroun a connu bien des circonvolutions, évoluant et régressant selon les priorités du gouvernement dans l'organisation administrative de l'Etat. En 1960, le Cameroun sous tutelle française devenu indépendant adopte une Constitution dans laquelle il consacre un titre aux collectivités locales laissant penser à l'engagement des autorités du Cameroun nouvellement indépendant de s'inscrire dans la mouvance de décentralisation amorcée durant la tutelle. Mais en 1961, le Cameroun sous tutelle britannique devient indépendant et des négociations s'organisent entre les deux Cameroun pour décider d'une réunification des deux territoires et déterminer la forme de l'Etat sous laquelle les deux Cameroun devraient s'organiser. Le consensus se construit autour de la forme fédérale de l'Etat et la Constitution fédérale adoptée en mars 1961 ne fait aucunement référence aux collectivités locales. Le soin est laissé au législateur de chaque Etat fédéré d'organiser le fonctionnement du système local. Le Cameroun fédéral connaît alors un système de fonctionnement local à double vitesse. La réunification intervenue en 1972 introduit l'ère de l'Etat unitaire dont la Constitution n'intègre pas de référents à la décentralisation. La loi de 1974 adoptée à la suite de cette réunification organise sur un mode uniforme les collectivités décentralisées. Elle écarte toute référence au modèle de décentralisation des localités du Cameroun anglophone et instaure un système communal intégralement hérité du système français. Les développements subséquents de ce système conduisent à une décentralisation

---

<sup>93</sup> Loi n° 98-005 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes à statut particulier.

Ngo Tong Chantal Marie

extrêmement contrôlée par le pouvoir central qui ne garantit pas efficacement l'autonomie des collectivités décentralisées.

**LA FEMME DU CHEF EN AFRIQUE : LES SECOURSES  
FÉMININES DANS LES MAILLES  
DU POUVOIR**

**Jean Njoya,  
professeur titulaire, vice-recteur chargé des enseignements, de la  
professionnalisation et du développement des technologies de  
l'information et de la communication  
Université de Dschang**

L'expression « la femme du chef » n'est pas très usitée dans l'Afrique traditionnelle et pourrait d'ailleurs constituer un blasphème, une énième provocation comme se plaisent à en faire certains anthropologues évolutionnistes<sup>1</sup>. Inutile d'en forcer les traits ! Ne devrait-on pas avantageusement troquer cette expression singulièrement restrictive contre celle plus commode qui établisse une proximité avec la réalité ? En tout cas la figure charismatique du chef traditionnel tenait pour une part importante à la capitalisation des femmes, des biens et des pouvoirs matrimoniaux<sup>2</sup>. L'on aurait convenablement au regard de la grande polygamie du chef traditionnel en Afrique, parlé des « femmes du chef ». « Femmes du chef » ou « femme du chef » : Fredy Jacques nous conseille de renvoyer les deux expressions à des attributs volatiles, « cumulables ou permutables »<sup>3</sup>.

Considérons donc -avec la claire conscience que nous en paierons le prix théorique-, l'expression « la femme du chef » comme un horizon d'interprétation qui permet d'objectiver une réalité produite par les

---

<sup>1</sup> L. H. MORGAN, *Ancient Society*, 1877. Dans ses « lois des trois étapes », cet auteur situe la polygynie au stade de la barbarie ; la monogamie étant le signe d'une évolution vers la civilisation ; l'anthropologue Jack Goody ne trouve par exemple dans la très grande polygynie du chef africain qu'une motivation sexuelle (J. GOODY, *La raison graphique : la Domestication de la pensée sauvage*, Paris, éd. Minuit, 1979).

<sup>2</sup> Voir J. VAN VELSEL, *The politics of kinship, a study of social manipulation among the Lakeside Tongaa of Nyasalam*, Manchester, 1964 et Georges BALANDIER, *Anthropologie politique*, PUF, (Quadrige), 1995, p. 82-83.

<sup>3</sup> J. FREDY, « le nom, c'est l'homme : données africaines d'anthroponymie » in *L'Homme*, 2009, n° 101, p. 7.

représentations des « agents sociaux »<sup>4</sup>. Il s'agira dans cette perspective de procéder à une anthropologie dynamique de cette « institution » afin de débusquer la position et le rôle effectifs de la femme du chef au-delà du procès biologique que lui fait volontiers l'école structuraliste ; même si la « valence différentielle des sexes »<sup>5</sup>, demeure encore une variable exploratoire pertinente dans la traque anthropologique du potentiel symbolique de l'inégalité entre l'homme et la femme.

Au lieu d'appréhender « la femme du chef » dans une perspective individualiste, il vaut mieux l'enserrer dans une structure « actancielle » d'interdépendance et de complémentarité où le « héros » (le chef) réalise ses prouesses dans le commun effort avec l'« adjuvante »<sup>6</sup> (la femme du chef). L'on gagnerait en finesse analytique si l'on considère cette institution comme une réalité socialement construite. L'approche constructiviste nous permettra ainsi de rompre avec la rudesse de l'individualisme méthodologique qui renvoie généralement la question du genre aux réalités désincarnées dominées singulièrement par des rationalités individuelles.

Dans la société africaine traditionnelle, la position et la fonction de la femme du chef procèdent indéfectiblement de celles de ce dernier. Cette dépendance la cantonne d'ordinaire à une occupation plutôt périphérique de l'espace chefferial ou palatin selon le mode d'organisation politique. L'on note pourtant dans le contexte actuel, une propension consolidée des femmes du chef à s'extirper de cette « cage de fer » pour un déploiement social aux contours fort variés. Cette escapade constitue l'une des formes les plus perceptibles de la mutation fonctionnelle de la femme du chef.

Pour mieux apprécier cette dynamique, il sera judicieux de faire le départ entre la femme du chef dans la « société de cour » traditionnelle et la femme du chef dans la « cour républicaine »<sup>7</sup>. Paradigmatiquement, les métaphores

---

<sup>4</sup> C'est la sociologie de Bourdieu qui fait profusément usage de cette expression ; mais c'est Raymond Boudon qui en fait la différence avec le concept d'« acteur » ; en effet, dans les « systèmes fonctionnels » où l'individu occupe un rôle social, il est considéré comme un « acteur » ; dans les « systèmes d'interdépendance », il revêt la figure de l'« agent » (Raymond BOUDON, *La logique du social*, Paris, Hachette, 1979).

<sup>5</sup> F. HERITIER, *Masculin/féminin : la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996 ; l'ouvrage qu'a dirigé le pr. Luc SINDJOUN adopte également une perspective dynamique dans la mesure où il considère le genre comme « une configuration dynamique impliquant la nécessité analytique d'historiciser les rapports homme-femme dans leur dimension concrète et imaginaire » (*La biographie sociale du sexe : Genre, société et politique au Cameroun*, Paris, Karthala, 2000, p. 8)

<sup>6</sup> A.-J. GREIMAS, « Eléments pour une théorie de l'interprétation du récit mythique », *Communications*, vol. 8, n° 8, 1966, p. 28-59.

<sup>7</sup> Les palais présidentiels des Etats modernes ne fonctionnent pas autrement que comme des cours monarchiques, car le personnage central demeure le président de la

goffmaniennes de la « coulisse » et de la « scène »<sup>8</sup> paraissent mieux à même de restituer avec du relief la double appréhension de cette institution : la « femme du chef », « femme des coulisses » qu'incarne sur ses traits essentiels la société traditionnelle ; et la « femme du chef », « femme sur scène » dont l'Etat moderne constitue le lieu de déploiement. Il est clair que la notion de « chef » a ici une portée inclusive et constitue un point d'entrée heuristiquement féconde permettant de lire des dynamiques complexes que l'on aurait tort d'inscrire dans une perspective évolutionniste.

Notre focale analytique prend donc appui sur la capacité de projection sociale de la femme du chef ; une projection qui s'opère à travers une centrifugation se déployant du centre palatin vers la périphérie sociale. D'ordinaire, la polygynie du chef traditionnel emporte une difficile appréhension de la conjugalité chefferiale, qui ne peut véritablement s'appréhender qu'en termes de harem ou de multitude ; ce qui déteint considérablement sur le déploiement social de sa conjointe. En revanche, la tendance de plus en plus consolidée des chefs d'Etat africains à l'option monogamique emporte une conjugalité plutôt duale qui affiche parfois la « première dame » comme une égérie : image d'*Epinal* pour le moins surfaite. L'on peut dès lors rendre intelligible le concept de « femme du chef en Afrique » en montrant comment dans le contexte de l'Afrique traditionnelle de polygynie, ce déploiement paraît frustré en raison d'une distinction sociale très marquée par la capitalisation hégémoniques des femmes et une très forte domination masculine (I) ; dynamique en contrepoint d'une projection spatiale de plus en plus effrénée de la femme du chef dans l'Etat moderne, dont la pro-activité mêle confusément actions sociales et entreprises politiques (II).

---

République dont les déférences de son entourage participent à son « assomption » ; il n'est pas rare d'y repérer les mêmes intrigues, les mêmes compétitions, exploitées par le chef pour se maintenir ; le recours à cette notion a valeur paradigmatique (voir Norbert ELIAS, *La société de cour*, Paris, Flammarion, 1985 ; Stéphane MONCLAIRE, « L'usage du protocole : Mise en scène rituelle et travail d'institutionnalisation », in Bernard LACROIX, Jacques LAGROYE (dir.), *Le président de la République : usages et genèses d'une institution*, Paris, FNSP, 1992, p. 141- 162).

<sup>8</sup> Erving GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne : la présentation de soi*, Paris, Minuit, 1973.

**I. La « femme du chef » dans la « société de cour » traditionnelle : polygynie, difficile repérage et déploiement frustré**

La « femme du chef » est une catégorie prisonnière du patriarcat : cet « ennemi principal »<sup>9</sup> que le structuralisme a contribué à ériger en matrice réflexible de la question du genre. Le couple masculin/féminin fait partie des incarnations qui dans le potentiel de symbolisation de l'esprit humain, hantent toutes les sociétés. Le « deuxième sexe » où qu'il se trouve, serait le sexe de la solitude<sup>10</sup>, victime des constructions spatiales et culturelles. L'approche holiste aurait alors raison d'une analyse interactionniste où la notion d'« espace vécu » serait primordiale parce que corrélée à « un ensemble de fréquentations localisées ainsi que des représentations qui en sont faites et les valeurs psychologiques qui y sont attendues »<sup>11</sup>.

La « femme du chef » loge dans la « société de cour » où la consommation de prestige est indexée sur le rang, et où l'étiquette - instrument de domination -, agence les rôles, forge les attitudes et structure les actes. La « société de cour » est selon Norbert Elias une « formation sociale » où l'emprise du roi sur le pays n'était qu'une excroissance de son autorité sur sa maison et sa cour<sup>12</sup>. Il n'est pas aisé de repérer la « femme du chef » dans un univers où le chef lui-même est l'organisateur d'un rituel centré sur sa personne et où elle (sa femme) est inscrite dans un réseau inextricable de connexions enserré par le lignage cheffal. Réalité socialement construite, « la femme du chef » est charriée par une pratique censitaire de « circulation des femmes », proportionnelle à la position de surplomb du chef. Il y a comme une dilution statutaire de la femme dans la très grande polygynie du chef (A), qui impacte sur ses fonctions palatines (B).

---

<sup>9</sup> C. DELPHY, *L'ennemi principal, l'économie politique du patriarcat*, Paris, Syllepses, 1998.

<sup>10</sup> F. BRUGERE, *Le sexe de la solitude*, Paris, le Seuil, 2008.

<sup>11</sup> A. FREMONT et J. CHEVALIER, *Géographie sociale*, Masson, Paris, 1984, p. 172 ; voir également J. COUTRAS, « Les pratiques spatiales des sexes : quelles problématiques ? » in *Espace, population, sociétés*, 1989-1, *Sexe et Espace*, p. 111-115.

<sup>12</sup> N. ELIAS, *La société de cour*, Paris, trad. de P. KAMNITZER et J. ETORE (préface de R. CHARTIER), 1985 (« Ce que nous entendons par cour -écrit Elias-, est en premier lieu la maison régnante et le ménage des rois de France, de leurs familles, des toutes les personnes qui de près ou de loin en font partie », p. 17).

**A. La femme du chef dans le complexe polygynique de la Cour : la dilution statutaire dans la stratégie d'intégration sociale**

Dans la société africaine, la capitalisation des femmes est un marqueur du pouvoir cheffal<sup>13</sup> ; elle participe de la construction d'un centre politique coextensif à la société. Elle shunte toute la hiérarchie sociale jusqu'à la cellule familiale. Ceci répond sans doute à la « nécessité de multiplier les alliances »<sup>14</sup>. Il y aurait même une étonnante continuité historique de cette pratique entre l'Égypte ancienne et l'Afrique post-pharaonique<sup>15</sup>. Cette capitalisation des femmes était parfois d'envergure exponentielle ; des « noces hittites » de Ramsès à la très grande polygamie du roi Salomon<sup>16</sup>, l'on n'enregistre quasiment pas de discontinuité. Cette polygamie du chef était le « droit commun » des transactions matrimoniales dans les royautes « grassfields » du Cameroun.

En regard, Claude Tardits rapporte sur la base des matériaux dont il disposait au moment de son enquête de terrain que le roi Njoya aurait eu mille deux cents femmes<sup>17</sup>, statistiques qui pourraient revêtir le caractère d'une haute probabilité au regard du « fait du prince » qui structurerait par le haut les alliances matrimoniales : « le roi n'achète pas une femme chez les Bamoun, il met le bracelet de cuivre au bras de leurs filles... c'est le signe qu'elles sont devenues femmes royales. Cela sera toujours ainsi », écrit le roi Njoya<sup>18</sup> ; une sorte de droit de préemption spécifique qui n'emporte d'ordinaire aucun coût de transaction pour le monarque. Dans ce dispositif, la femme du chef semble noyée dans un complexe polygamique qui participe de la dilution de son statut ; elle n'est finalement réparable que dans cet ensemble diffus soumis à la discipline curiale de la chefferie. A ce titre, la

---

<sup>13</sup> Cette pratique est reconnue chez les patriarches et les rois d'Israël (Abraham, Moïse, David (17 femmes) et Salomon le plus polygame des rois bibliques avec 700 femmes et plus de 300 concubines (Rois 11/1) ; les vikings chrétiens de la Normandie ont pourtant pratiqué la polygamie dans l'Égypte ancienne ; C. LALOUETTE évoque les « épousailles du printemps et les noces hittites » de Ramsès II (*L'empire de Ramsès*, Paris, Fayard 1985 p. 132).

<sup>14</sup> S. KANDJI et F.K. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, L'Harmattan, 2000, p. 167.

<sup>15</sup> A. MOUSSA LAM, « La polygamie en Égypte ancienne et en Afrique noire », *A NKA*, n° 16, 2007, p. 45.

<sup>16</sup> *Livre des Rois* 11/1.

<sup>17</sup> C. TARDITS, *Le Royaume Bamoun*, Paris, A. Colin, 1980, p. 606 ; pour des besoins de concision, notre démonstration portera pour l'essentiel sur les chefferies montagnardes de l'ouest du Cameroun notamment des pays Bamoun et Bansa.

<sup>18</sup> S. NJOYA, *Histoire et coutumes des Bamoun*, Mémoire de l'Institut Français d'Afrique noire, 1952 (traduction du Pasteur Henri MARTIN), p. 97.

« formation sociale de la cour » s'apparente à ce qu'Erving Goffman désigne par « institution totale »<sup>19</sup>.

L'appropriation d'une femme sans contrepartie était perceptible dans plusieurs royaumes « grassfields ». Kaberry le signale comme pratique dominante chez les Bansa du Nord-Ouest du Cameroun, tout en relevant en contrepoint des situations de « don et de contre-don » où une forme d'échange symbolique était institutionnalisée : « daughters and grand daughters of kings were given in marriage to commoners irrespective to whether they had served or not in the palace in their youth or not. Where no bride price was given, and this was the usual practice, one of the sons of the princess might be brought into the palace to act as page or a youthful member of the regulatory society »<sup>20</sup>. Ce passage recoupe celui que rapporte Claude Tardits dans le cas des Bamoun<sup>21</sup> ; en tout cas il y a un consensus historiographique sur l'origine Tikar de ces populations<sup>22</sup>.

L'origine sociale des femmes du chef est une variable qui peut également renseigner sur l'univers « clos » du palais royal ; si l'on s'en tient singulièrement au cas Bamoun sus-évoqué, l'on peut repérer cinq bassins de recrutement fort diversifiés : les lignages des conseillers du royaumes, les lignages ordinaires, les familles serviles, les rois soumis, les lignages issus des sociétés étrangères au royaume, les origines inconnues<sup>23</sup> ; sous le règne du roi Njoya où cette nomenclature était encore perceptible, il appert que le souverain épousait « très bas » ; ses épouses étaient pour l'essentiel d'extraction sociale servile.

La noblesse palatine ne se construisait pas nécessairement sous le label de la « noblesse de Royaume »<sup>24</sup> avec une circulation hégémonique des femmes. La forte proportion des reines d'origine servile et des « rois soumis » traduit vraisemblablement une volonté de construire une centralité politique capable de réduire les occurrences conflictuelles d'une société qui s'est formée par

---

<sup>19</sup> E. GOFFMAN, *Asiles : Etudes sur l'action sociale des maladies mentales et autres reclus*, Paris, Minuit, 1968.

<sup>20</sup> Ph KABERRY, « Retainers and royal households in the Cameroons Grassfields », *CEA*, III-II, (10), 1962, p. 293.

<sup>21</sup> C. TARDITS, *Le Royaume Bamoun*, *op. cit.*, p. 606.

<sup>22</sup> J. KERCHACHE et autres, « Cameroun: Bamiléké, Bamoun, Tikar » in *L'Art Africain, Citadelles et Mazonod*, Paris, 2008.

<sup>23</sup> Etudes menées par C. TARDITS et rapportées dans *Le Royaume Bamoun*, *op. cit.*, p. 607.

<sup>24</sup> P. BOURDIEU, *La noblesse d'Etat : Grandes écoles et esprit de corps*, édit. Minuit, 1989. Alors que Pierre Bourdieu explique l'émergence de la noblesse d'Etat par le travail des grandes écoles et de l'esprit de corps, nous pastichons son expression en usant de la variable de la « circulation des femmes » privilégiée par C. LEVI-STRAUSS (*Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, PUF, 1949).

absorption des composantes étrangères<sup>25</sup>. Le recrutement était alors faiblement censitaire, et obéissait à des considérations plus variées.

Les analyses de Jack Goody sur les facteurs de la polygynie paraissent ne pas éclairer suffisamment sur la complexité de cette institution<sup>26</sup>. Il conclut au terme d'une étude sur la femme en Afrique que la polygamie est liée aux préoccupations libidinales et reproductrices ; perspective analytique qui passe sous silence les fonctions économiques et de production, les fonctions d'intégration et de socialisation ; le lien d'alliance avec une famille servile n'aménage-t-il pas l'emprise du social sur le biologique ? Il y a dans la plupart des chefferies des « grasslands » du Cameroun un croisement des facteurs explicatifs de la polygynie (économiques et politiques) qui tranche avec les conclusions de Jack Goody.

La « femme du chef » peut apparaître alors comme un connecteur ensembliste, un embrayeur socialisant, figurant « le jeu d'une aiguille à coudre les toitures, et qui tantôt dehors tantôt dedans mène et ramène toujours la même liane qui fixe la paille »<sup>27</sup>. Dans l'économie des biens symboliques, l'échange des femmes n'est pas toujours un échange « utilitaire » ; il participe aussi de la construction de la trame des relations sociales. L'on pourrait suspecter un relent structuro-fonctionnaliste dans cette approche idyllique.

Mais au-delà de ce structuralisme instrumental, la femme du chef réussit à opérer quelque affranchissement au moyen ce que Goffman appelle « les adaptations secondaires ». En effet la femme du chef bien qu'astreinée à une « adaptation primaire » à l'espace clos de la « société de cour », s'« émancipe » ensuite au travers des « adaptations secondaires » intégrées pour s'affirmer en tant qu'être « capable de distanciation c'est-à-dire capable d'adopter une position intermédiaire entre l'identification et l'opposition à l'institution et prête à la moindre pression à réagir en identifiant son attitude dans un sens ou dans l'autre pour retrouver son équilibre »<sup>28</sup>. Cette perspective incline à l'adoption d'un institutionnalisme moins veblenien et

---

<sup>25</sup> J. NJOYA, « La construction de l'Etat bamoun et sa théorisation idéologique par le Roi Njoya » in *Le Roi Njoya créateur de civilisation et précurseur de la renaissance africaine*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 89-90.

<sup>26</sup> J. GOODY, « Polygamy, economy and the role of women » in J. GOODY ed., *Character of Kinship*, Cambridge Univ. Press, 1974, p. 175-190.

<sup>27</sup> C. LEVI-STRAUSS cité par G. SALMON in « Nos derniers maîtres : textes fondamentaux », *Le Point, Références*, septembre-octobre 2011, p. 15.

<sup>28</sup> E. GOFFMAN, *Asiles*, op. cit., p. 373 ; les « adaptations secondaires » ont trait à un vécu quotidien reconstruit « à travers des pratiques qui sans directement nuire au système permettent au reclus d'obtenir des satisfactions interdites ou des satisfactions autorisées par des moyens défendus », p. 98-99.

moins porté à une explication renvoyant au dressage des corps et des esprits par la structure<sup>29</sup>.

***B. La femme du chef dans l'univers clos de la cour : au-delà du structuralisme instrumental, une subjectivation feinte de l'institution palatine***

La chefferie est un espace de conformisme institutionnel, c'est-à-dire un espace de normalisation des conduites. Dans cette perspective, l'espace et les rapports de pouvoir se lisent singulièrement dans « une structuration scalaire »<sup>30</sup>. La « valence différentielle des sexes » déterminerait fatalement le statut de la femme du chef et sa fonction au sein de la « formation sociale » palatine. Le pouvoir cheffal construirait en conséquence une figure de loyauté qui ne lui aménage qu'un territoire étriqué et où au surplus la défection et la prise de parole revêtent le caractère d'une faible probabilité<sup>31</sup>. Doit-on alors soutenir que la femme du chef est victime des assignations spatiales et fonctionnelles ? (1) ou que dans cette « société du secret »<sup>32</sup>, elle incarne la figure d'un « sujet producteur de sa vie, pas totalement soumis aux rôles et statuts sociaux liés à l'intégration sociale »<sup>33</sup> ? Il s'agit alors de cerner la femme du chef dans le dispositif de l'« institué » où le « souci de soi se construit dans la docilité »<sup>34</sup>. C'est dire que la soumission peut devenir désir de soumission. Mais en dépliant les « milles feuillets » de l'univers opaque des palais traditionnels africains, l'on peut arriver à pénétrer le camouflage institutionnel et traquer tous les « résidus »<sup>35</sup> (2), c'est-à-dire des espèces et

---

<sup>29</sup> T. VEBLEN, "Why is Economics not an evolutionary science?" *Quarterly Journal of Economics*, 1898.

<sup>30</sup> S. PLANEL, « Structuration scalaire et exercice de la domination en Ethiopie » in A. CLERVAL, A. FLEURY, J. PEBOLIER et S. WEBER, *Espace et rapport de domination*, Rennes, PUR, 2015, p. 99-109.

<sup>31</sup> A. HIRSCHMAN, *Exit, voice and loyalty: decline in Firms, organization, and states*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1970 ; voir aussi O. DAUDÉ, "Exit, voice and loyalty", in *Regards Croisés sur L'économie*, 2/2007, n° 2, p. 244-245.

<sup>32</sup> C'est une autre appellation de la société traditionnelle considérée comme « société sans publicité » où la femme ne participe pas à la construction de l'espace public (L. FONTAINE, « Les nouveaux espaces publics chez les Yucana d'Amazonie colombienne », *Journal de la société des américanistes*, n° 99-1, 2013, p. 79).

<sup>33</sup> B. GOUSSAULT, *Leçon de mots, leçon de choses* ; M. FOUCAULT, *L'herméneutique du sujet*, cours au collège de France, 1982, 2001, Espace-temps net 2002.

<sup>34</sup> N. MACHIKOU, « Commémoration comme espace de subjectivation : la Journée internationale de la femme et l'affirmation de soi » in *Revue camerounaise de science politique*, Polis, vol. 20, N° 1 et 2, 2015-2016, p. 125-148.

<sup>35</sup> W. PARETO, *Traité de sociologie générale* (traduction française par P. BOUEN et préface de R. ARON), Genève, Librairie Droz, 1968.

des genres d'actions à travers lesquelles la femme du chef se joue de l'institution.

*1. La femme du chef dans le dispositif de l'institué : « L'idiote utile »<sup>36</sup>*

Dans l'analyse actancielle, la femme figure l'image d'une « adjuvante » dont le sort est indéfectiblement lié à celui du « héros » (le chef). Située dans l'axe du pouvoir, elle servirait à réaliser les productions désirantes du héros dans son épreuve glorifiante<sup>37</sup>. Elle est dans un attelage de tandem où elle apparaît comme le moteur de la mobilité. Mais le vocable « tandem » peut paraître problématique dans un contexte où « la tendance naturelle et universelle chez les hommes est la polygamie ... seules des limitations nées du milieu et de la culture sont responsables de son refoulement »<sup>38</sup>. Sans tomber dans les travers de la « valence différentielle des sexes » décriée par Française Héritier, force est d'en déduire plutôt une intuition heuristique.

La société de cour est une « formation sociale » qui consacre une certaine clôture du champ hégémonique. La plupart des royaumes « grassfiels » de l'Ouest-Cameroun renferment cette clôture dans une structuration scalaire de l'espace qui fait du palais le centre d'irradiation sociale sous-tendu par le mythe de l'origine commune<sup>39</sup>.

Chez les Bamoun le palais royal se pose comme l'homocentre d'un univers coextensif à la société ; il exerce à ce titre une fonction matricielle : « tous ceux qui sont nés en pays Bamoun appartiennent au Roi », lit-on dans l'histoire des coutumes et des traditions Bamoun. Cet agencement par le haut offre du palais l'image du « village qui a engendré tous les autres villages »<sup>40</sup>. Il s'agit certes là d'un registre « performatif » qui s'alimente dans les « actes de langage »<sup>41</sup>. La fonction génératrice du palais met en avance l'idée

---

<sup>36</sup> Expression attribuée à Lénine et utilisée pour désigner et stigmatiser des intellectuels de gauche occidentaux soutenant aveuglement le régime soviétique et utile à sa propagande. C'est dans la terminologie de Pareto des personnes qui accomplissent des « actions non logiques du troisième genre » servant aussi des desseins qui contredisent leurs convictions intimes.

<sup>37</sup> A. J. GREIMAS, *Sémantique structurale : recherche et méthode*, Paris, Larousse, 1968.

<sup>38</sup> C. LEVI STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>39</sup> Chez les Basso et Bali-Kumbat, une telle clôture est perceptible au regard de la position centrale du palais, cercle réduit de la noblesse de sang et de la noblesse palatine.

<sup>40</sup> I. Sultan NJOYA, *Histoire et coutumes des Bamoun*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>41</sup> « Les actes de langage » mettent évidence le pouvoir des mots sur l'environnement ; le locuteur cherchant à agir sur ses interlocuteurs par ce moyen (voir J. L. AUSTIN), *Dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970 ou A. ASARAF « Tous les

d'enfantement qui est un invariant anthropologique de la fabrique de la « masculinité hégémonique »<sup>42</sup>. L'on en déduit que la captation du monopole de la sexualité reproductive participe de la construction de la centralité politique. Il s'agit du monopole de la « circulation des femmes » qui conforte l'assertion bien lévi-straussienne que le mariage « n'est pas établi entre des hommes et des femmes, mais entre les hommes au moyen des femmes qui en sont seulement la principale occasion »<sup>43</sup>.

La femme du chef apparaît donc comme une matrice de parturition sociale enchâssée dans l'anonymat palatin. La fonction matricielle du palais s'opère par le moyen de la « femme du chef » appréhendée comme objet de fécondité et objet social ; il est par ailleurs vraisemblable que la formation des sociétés politiques africaines précoloniales ait été fortement structurée par l'hypergamie, caractéristique du phénomène de cour mais aussi des sociétés segmentaires<sup>44</sup>. En tout cas le phénomène était largement répandu dans la plupart des sociétés montagnardes de l'ouest Cameroun<sup>45</sup>. Objet de fécondité, mais objet social, la polygamie ne saurait renvoyer au simple désir sexuel du monarque. Elle est liée à la fonction génératrice du palais et précisément à ce qu'il entend perpétuer.

En revenant aux données factuelles relatives aux Bamoun, l'on rappellera que les souverains épousaient majoritairement « très bas » dans les familles serviles et des « rois soumis ». Le souci d'incorporation de cette catégorie démographiquement importante était très net dans un contexte où la sociogenèse du royaume avait partie liée avec les invasions guerrières. Au surplus, une politique « malthusianiste » aurait tranché avec une dynamique générale d'implantation lignagère conçue dans l'optique de la couverture maximale d'un territoire aux frontières encore labiles. Les matériaux historiques signalent sous le règne du Roi Njoya quarante lignages princiers

---

performatifs en deux forces : introductions au système JP », *Protée, UOAC*, vol. 39, n° 1, 2011, p. 111-120.

<sup>42</sup> C. RAEWN, *Masculinités : enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Ed Amsterdam, 2014.

<sup>43</sup> C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>44</sup> Tolra, Ph. LABURTHE-TOLRA, *Les seigneurs de la forêt : Essai sur le passé historique, l'organisation sociale et les normes éthiques des anciens Beti du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 201-224.

<sup>45</sup> Voir les écrits de RITZENTHALER, *The fon of Bafut*, New York, 1966 ; J. WAELEER, *Precolonial Mankon : the development of Cameroon chieftdom in its regional setting*, ANN Arbor, 1976 ; Claude TARDITS, "Femme à credit", in *Echanges et communication*, Paris, Pouillon et Maranda (Ed.), 1970.

et cent lignages palatins installés qui contribuèrent selon Tardits au « développement du corps central de la société »<sup>46</sup>.

De même dans le mouvement inverse, le souverain attribuait les princesses prioritairement aux chefs des lignagers palatins et subsidiairement aux rois soumis et aux familles serviles. Dans ces transactions matrimoniales, le lignage royal en position de surplomb procédait par fiction créatrice à l'« engendrement » de la société. La proximité que ces transactions entre le roi et ses sujets par l'entremise de la « femme du chef », faisait du souverain le point d'irradiation sur la société. Traversée par une douce subjugation parentale la société traditionnelle Bamoun offre l'image d'une « parenté gouvernante »<sup>47</sup> où la « femme du chef » assure une formidable fonction de connexion sociale. Dans ce contexte, le mariage et la procréation restent les critères déterminants de l'épanouissement de la femme du chef, bien que décriés comme des butoirs de la pensée anthropologiques<sup>48</sup>. Enchâssée dans l'univers clos de la cour, la femme du chef s'appréhenderait sous le prisme d'une triple logique érotique, manducatoire et ludique : « aimer, manger et danser » rythmaient la quotidienneté palatine ; Claude Tardits le relève avec un remarquable trait d'humour : « au palais les femmes ne travaillaient que peu ou pas, lorsqu'elles remplissaient des tâches, elles étaient de caractère domestique et l'économie du palais ne leur devait rien... Les femmes du Roi dépendaient donc matériellement, directement ou indirectement de celui-ci... ». Et puis -précise-t-il- « les deux traits remarquables des relations avec le monarque : les femmes étaient constamment engagées dans les compétitions à caractère ludique qu'entraînaient les entretiens de la journée et les danses de soirée : il s'agissait de se faire remarquer et de plaire au Roi. Attendant une maternité, des épouses royales devenaient l'objet d'une attention constante et de marques de satisfactions royales qui allaient de la simple corbeille de maïs à la maison, voir au domaine... »

« Entre les deux temps de la vie des femmes, celui réservé à la séduction et celui laissé à la gestation, l'union avec le Roi n'occupait qu'un moment rare pour toutes, mais doublement désirable puisque l'on y était poussée par des incitations quotidiennes et par les perspectives des avantages et des honneurs qu'on en tirait lorsqu'on en portait les fruits... un constante

---

<sup>46</sup> C. TARDITS, « Aimer, Manger et danser : propos sur la grande polygamie » in Jean C. BARBIER (dir.), *Femmes du Cameroun : Mères pacifiques, femmes rebelles*, Paris, Karthala, 1985, p. 129.

<sup>47</sup> Voir J. NJOYA, *Le pouvoir traditionnel en pays Bamoun : essai sur une parenté gouvernante*, thèse doctorat de 3<sup>e</sup> cycle, science politique, Université de Yaoundé II, FSJP, 1994. Voir également C. TARDITS, « Parenté et pouvoir chez les Bamoun (Cameroun) » in *L'Homme*, vol. 13, n° 1 1973, p. 37-49.

<sup>48</sup> F. HERITIER, *Une pensée en mouvement*, Paris, Odile Jacob, 2009, p. 173.

émulation, si ce n'est plus, était entretenue parmi les épouses par ce mari auquel on accédait peu, mais qui se rendait présent par la remise répétée des cadeaux qui étaient exposés et comptés »<sup>49</sup>. Dans les douceurs de cette subjugation de la femme du chef, doit-on passer sous silence l'idée toute frustrée mais pertinente que l'univers palatin est traversé par des relations de « pouvoirs multiples » que le jargon foucauldien appelle les « micro-pouvoirs »<sup>50</sup> interprétés à la fois du point de vue interpersonnel que structurel ?

Dans le dispositif de l'institué, il existe en marge du « bloc hégémonique de la masculinité », un « bloc hégémonique de la féminité » ; et si l'on rompt avec l'épistémologie terrorisante qui appréhende le pouvoir dans sa singularité verticale, l'on privilégiera sa stricte immanence c'est-à-dire les formes d'action qui « incitent, induisent, détournent, facilitent ou rendent difficile, élargissent et limitent, rendent plus ou moins probable, contraignent ou empêchent absolument »<sup>51</sup>. La chape de plomb de la masculinité n'altère donc ni les modes de subjectivation, ni les techniques de soi employés diversement par la femme du chef.

## 2. La femme du chef : séduction et capture du pouvoir royal

La thématique de la femme voire de la « femme du chef » singulièrement assignée à la fonction de reproduction domine encore très fortement la pensée anthropologique. Cette pensée pourtant en mouvement<sup>52</sup>, frappe encore d'interdit analytique l'appréhension des rites d'interaction constitutifs de l'action réelle de la femme dans cette « société de cour ». Pour résoudre l'énigme, il s'agit -toutes proportions gardées- de projeter une « micro-analyse »<sup>53</sup> pouvant mettre en évidence les miettes de la vie quotidienne dans cette institution « totale »<sup>54</sup>.

Le jeu de la femme du chef s'inscrirait donc dans un horizon où l'on peut l'appréhender sous ses facettes multiples. Chantal Guilmain Gauthier les

---

<sup>49</sup> C. TARDITS, « Aimer, manger, danser... », *op. cit.*, p. 128-129.

<sup>50</sup> M. FOUCAULT, « Two features », in C. GORDON (ed.), *Power/knowledge*, New York, Pantheon Books, 1980.

<sup>51</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, vol. 2, 1994, p. 237.

<sup>52</sup> F. HERITIER, *Masculin/Féminin : une pensée en mouvement*, *op. cit.*

<sup>53</sup> E. GOFFMAN, « L'ordre de l'interaction », *Les moments et leurs hommes*, Paris, Minuit, 1988, p. 191.

<sup>54</sup> E. GOFFMAN, *Asiles : Etudes sur la condition des malades mentaux et autres reclus*, Paris, Ed Minuit, 1968. Il entend par « institution totale », « un lieu de résidence et de travail où un grand nombre d'individus placés dans la même situation, coupés du monde extérieur pour une période relativement longue, mènent ensemble une vie recluse dont les modalités sont explicitement et minutieusement réglées » (p. 41).

recense dans une nomenclature peut être tautologique mais expressive d'une image fort éclatée de la reine : « femme donnée, femme reçue, ... mais aussi femme passerelle, femme dialogue, femme-don, femme-refus ou femme richesse, femme enjeu ou femme gage, femme promise et femme due et surtout femme pivot d'une société d'hommes. Toujours cachée, toujours présente, son autorité est à la mesure de sa discrétion »<sup>55</sup>.

Dans les sociétés grassfields du Cameroun, c'est surtout la « femme pivot d'une société d'hommes » qui constitue la focale analytique la plus féconde. L'histoire de ces sociétés révèle l'importance de son rôle dans la chaîne des médiations politiques en conjonctures critiques ; tantôt fondatrice d'un royaume, tantôt assurant l'interrègne dans un contexte de révolution de palais, son rôle est au demeurant crucial dans la sociogenèse des États traditionnels. L'histoire des peuples Tikar confortent cette entremise féminine dans les médiations politiques<sup>56</sup>. Aussi reconnaît-on "Ngouonso" comme fondatrice du royaume Banso ; dans cette rare occurrence, la « valence différentielle des sexes » peut paraître frustrée ; même si François Héritier souligne tout de même le caractère transitoire qui -à court ou à moyen terme- aménage la clôture de cette « anomalie » matrilineaire pour rétablir structurellement la normalité patrilinéaire<sup>57</sup>. De même, Ngougoure (fille du Roi Mbouombouo) et Njapdounké (veuve du Roi Nsangou) ont assuré l'interrègne dans l'ancien royaume Bamoun l'une de courte durée, l'autre pour une décennie. Elles demeurent toujours selon Héritier des femmes exceptionnelles dont la conduite a été considérée comme masculine.

Dans son propos sur la très grande polygamie des rois Bamoun cité plus haut, Claude Tardits en fait un régime d'« amour, de manducation et du ludisme ». C'est dans les retraits de ce système d'indices que la femme du chef mobilise rationnellement son répertoire d'actions. Dans la soumission supposée totale de la femme du chef s'introduisent insidieusement une

---

<sup>55</sup> C.I. GUILMAIN-GAUTHIER, « Le jeu de la femme », in Jean-Claude BARBIER, *Femmes du Cameroun : mères pacifiques, femmes rebelles*, Paris, Karthala, 1985, p. 37.

<sup>56</sup> Voir M. MC CULLOUGH, *People of the Central Cameroons: Tikar*, London, 1954 ; M. ELDRIGE, « Le peuplement des provinces de l'ouest et du nord-ouest du Cameroun : le rôle joué par les Tikar », Cameroun Dimanche 23 mars 1974 ; E.M. CHILVER et P.M. KABERRY, « The Tikar problem : a non-problem », *Journal of African Languages*, 1971, 10, 2 ; J.C. BARBIER, *Les pygmées de la plaine Tikar au Cameroun*, Yaoundé Onarest 1978, 33 p ; P. TIMMERMANS, *Les « Tikar »*, Bruxelles, 1969, *African Tevuren*, XV, 3 p. 69-80.

<sup>57</sup> F. HERITIER, *Masculin/Féminin*, vol. II, Dissoudre la hiérarchie, Paris, Odile Jacob, 2002. Dans le cas des Banso, la matrilinearité a succombé à la patrilinéarité par un rétablissement définitif du pouvoir mâle.

« pratique de la convivialité et une stylistique de la connivence »<sup>58</sup> qui en atténuent la rudesse.

Quelques extraits de l'ouvrage de Tardits consacrés au royaume Bamoun renforcent pourtant les traits d'une « institution totale » où n'est aménagé aucun interstice même d'apparente liberté à la femme du chef : « les femmes du Roi ne circulaient pas librement dans le palais ; elles ne se rendaient qu'aux lieux où les appellent leurs tâches et s'annonçaient en tapant des mains et en criant : "voici la femme du Roi" afin d'éviter de croiser des serviteurs adultes. Les sorties en ville ou à la campagne étaient exceptionnelles. Une femme du Roi allait à l'enterrement de sa mère accompagnée d'autres épouses et des serviteurs désignés »<sup>59</sup>. L'on dirait un « archipel de Goulag » où une véritable industrie pénitentiaire happait violemment la femme du chef. Seules les « sociétés segmentaires » concèdent quelques largesses à certaines reines qui peuvent se voir octroyer un concubin ou servir à relever charnellement le dispositif d'hospitalité d'un hôte de marque<sup>60</sup>. Pratiques qui tranchent avec la sévérité du traitement réservé à la femme dans les royaumes grassfields : « les femmes vivaient dans un cadre restreint, relate encore Tardits, leurs coépouses et le Roi d'une part, des enfants et des hommes âgés de l'autre... L'infraction la plus lourde était l'adultère ; il s'en commettait malgré les précautions prises pour isoler les femmes. On assommait l'épouse coupable et on la précipitait du haut d'un monticule proche de la ville ; celles qui s'enfuyaient dans les Royaumes voisins, et que l'on ramenait, ce que prévoyait une coutume répandue dans tous les Etats de montagne, étaient également mises à mort ».

Cette effrayante peinture de la femme du chef obstrue malheureusement les possibilités d'une appréhension apte à révéler la circulation des femmes dans les « mailles du pouvoir »<sup>61</sup>. En effet, dans la noblesse chefferiale « la masculinité hégémonique » côtoie une « féminité hégémonique » ; dans le cas Bamoun, la « féminité hégémonique » s'exprime dans une hiérarchie de pouvoir où est consacrée une duplication du masculin et du féminin, et qui

---

<sup>58</sup> A. MBEMBE, *De la postcolonie : Essai sur l'imagination politique dans l'Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2000, p. 16-19

<sup>59</sup> C. TARDITS, *op. cit.*, p. 624-625.

<sup>60</sup> P. LABURTHER-TOLRA, *Les seigneurs de la forêt : essai sur le passé historique, l'organisation sociale et les normes éthiques des anciens Beti du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 256. Il s'agit généralement chez les Beti des « Minlua », c'est-à-dire des languissantes ou "Olongo" (nourrisseuse). Mais la société de cour étant une société du secret, ces transactions s'opèrent dans les strictes limites du périmètre chefférial et dans une rhétorique de la connivence.

<sup>61</sup> M. FOUCAULT, « Les mailles du pouvoir », in *Dits et écrits*, Tome IV, 1981, p. 182-194.

ensuite s'agence secondairement dans une ligne hiérarchique singulièrement féminine. Ce qui consacre son caractère hybride : c'est dire que les masculinités aussi que les féminités ne sont pas fixes et n'existent pas « antérieurement à l'action sociale, mais commencent à exister en même temps que les gens agissent »<sup>62</sup>. L'on verra ainsi dans le cas sus évoqué des situations de co-succession (impliquant le roi (Fon) et la cohéritière (Momafon)) qui font penser à une royauté bicéphale. Par ailleurs la hiérarchie des reines s'exprimait dans un agencement territorial couvrant trois colonnes d'habitation le long du noyau central du palais de Foumban ; hiérarchie structurée par des catégories générationnelles avec une prééminence des « aînées conjugales » sur les « cadettes conjugales ».

Cette bipartition hiérarchique (hiérarchie des hommes/hiérarchie des femmes)<sup>63</sup> exprime l'existence dans le corps « hermétique » du palais d'un « micro-pouvoir » fonctionnant dans un « souci de soi » qui incline la femme du chef à une subjectivation de l'institution. L'œil anthropologique pourrait y voir un « pouvoir matronal » que les femmes âgées acquièrent proportionnellement à leur processus irréversible de ménopause et qui les rend « détentrices de pouvoir, autorisées à prendre la parole et à décider d'un certain nombre de choses »<sup>64</sup>. En déplaçant la perspective d'analyse du sexe vers l'usage du corps, il appert que le corps de la femme du chef est un redoutable lieu de condensation d'énergie de séduction hypnotique.

« Chanter », « danser » et « aimer », entrent dans ce registre de l'inversion sociale où le puissant (le Roi) peut devenir objet de dérision dans le temps clos de la fête, introduisant ainsi par la théâtralisation, une transgression dans le champ social. Dans certains royaumes *grassfields* du Cameroun, en dehors des activités domestiques, les femmes du chef consacraient un temps précieux à l'exhibition de leur corps en présence du Roi qui payait le prix quotidien de cette théâtralité. La frénésie corporelle des reines suscitait les préférences du monarque et le classement subséquent. Ce qui impliquait le roi dans un jeu de canalisation de son pouvoir.

Une épopée que *L'Histoire des coutumes et des traditions Bamoun* corrobore fait état des récurrentes occasions où le roi Njoya eut à exprimer sous cape ses attirances en répondant aux provocations sensuelles de

---

<sup>62</sup> R. W. CONNELL, « Masculinités et mondialisation » in WELZER-LANG, *Nouvelles approches des hommes et du masculin*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 198-199.

<sup>63</sup> Cette hiérarchie est agencée ainsi qu'il suit : au sommet le *momafon* ou cohéritière, le *Njigbiéfon* (l'épouse la plus âgée ou une reine veuve), les *Mùtnjü gbiéfon* (adjointes aux *Nji gbiéfon* et les *gbiéfon* (reines les plus récentes) (cf. C. TARDITS, *op. cit.*, p. 611-612).

<sup>64</sup> F. HÉRITIER, *op. cit.* p. 103.

certaines de ses épouses<sup>65</sup>. Le pasteur Henri Nicod relate l'une des dérobades du roi Njoya séduit par sa préférée (*Megweloune*) lors de la fête du Ngouon où il s'est autorisé une transgression sacrilège en dansant avec frénésie en public<sup>66</sup>; ce fut une forme d'« inversion sociale » incontrôlée et insécurisée ne s'inscrivant plus dans les limites précises de la ritualité<sup>67</sup>. Dans cette scène, l'amour et la danse s'engouffrent dans les failles d'un système où la « masculinité hégémonique » est étreinte par la « féminité hégémonique », replaçant le pouvoir dans le champ des stratégies féminines qui l'émasculent sur scène. La femme du chef en Afrique était capable « du drame, de l'embrouille, de l'envers »<sup>68</sup>, mais aussi de dérision. Il s'agit précisément d'une dérision résignée qui tourne autour de la gestion de la polygynie où trop longue est souvent l'attente de l'appel charnel du roi. En contrepoint de la « danseuse du Roi » plus expressive dans la banalisation du pouvoir royal, la dérision résignée a des intentions déstabilisatrices beaucoup moins affirmées. Il s'agit dans la perspective de Patrick Brunetaux d'une inversion qui passe par la dévirilisation du chef<sup>69</sup>. En effet, la femme du chef intériorise dans sa prison phallique, la structure du mépris et retourne au bourreau certaines de ses applications.

Dans le langage hermétique de la cour royale Bamoun, l'on est très souvent débordé par un usage quasi-inflationniste des louanges zoomorphiques dont les reines affublent ironiquement le roi. L'on le ressent dans la démesure de leurs récitals à la cour royale. Leur époux est assimilé indistinctement au « lion, roi des animaux », à la « panthère » considérée dans l'onomastique Bamoun comme un « dangereux félin », à l'« éléphant » dont l'imposante majesté, à corps l'épargne des petites épreuves, à l'« araignée » ce « tisserand patient doué d'une exceptionnelle intelligence », ou au « serpent à deux têtes qui mord tous azimuts ».

Les anthropologues considèrent que cette narration a partie liée avec la virilité mâle<sup>70</sup> qui dans le cas Bamoun contraste fort avec un époux que la

<sup>65</sup> H. NICO, *Mangweloune : la danseuse du Roi Njoya*, Poitiers, Paroles écrites, 2002, p. 99-113.

<sup>66</sup> *Ibid.* p. 102-105.

<sup>67</sup> M. H. PERROT, « Be di Murua : un rituel d'inversion sociale chez les Agni de l'Indénie », *Cahiers d'Etudes Africaines*, vol. 7, n° 25, 1967, p. 434-443.

<sup>68</sup> G. BALANDIER, *Le pouvoir sur scènes*, Paris, PUF, 1980. Georges Balandier considère l'« embrouille », le « drame », et l'« envers » comme des ingrédients de la théâtralité politique.

<sup>69</sup> P. BRUNETEAUX, « Dérision et dérisoire dans la stratégie de survie en camp d'extermination », *Hermès*, 2000/1, n° 21, p. 217-226.

<sup>70</sup> Ces descriptions sont puisées dans le langage hermétique de la cour royale dont les reines font usage pour moquer l'indifférence charnelle du roi (Voir F. HERITIER,

polygamie rend quasiment absent. Dans cette solitude assumée, le « souci de soi » s'opère par une subjectivation de l'institution à travers une véritable métaphysique -d'apparence intelligible- mais dont l'obscurité relève de la profondeur attendue d'un texte philosophique. Dans la même veine et avec une douce provocation une des chansons les plus populaires de la cour s'adresse ainsi au roi : « puisque nous n'avons rien à faire, en t'attendant nous labourons ton vaste champ à l'arrière cour du palais ». Il s'agit ici d'une ontologie de la réalité réorganisée par la chanson<sup>71</sup>. La dérision n'est pas l'humour : l'humour n'ayant pas de victime ; nous envisageons la dérision dans la perspective d'une « mise en abîme » de l'autorité<sup>72</sup>. Ainsi l'image féroce du lion se dissout-elle dans le manquement au devoir de sa charge conjugale. « En attendant, nous labourons ton vaste champs... puisque nous n'avons rien à faire ». Ce récit sert de ressources créatrices contre les conventions jugées trop rigides. C'est une escapade vers un lieu-refuge où l'exercice du vivre passe par la « dévirilisation » du chef. La dérision dévoile ainsi quelques clartés dans la nuit.

Somme toute, dans le complexe polygynique et l'enferment palatin de la femme du chef, « aimer », « danser » et « chanter » assurent une fonction libératrice parfois dans une narration excentrique non dénuée de provocation. Comme chez les indiens, la dérision ne fait-elle pas rire de ce que l'on craint ?<sup>73</sup>. Si la femme du chef dans la « société traditionnelle de cour » adopte un tempérament casanier, subjuguée par une « masculinité hégémonique », dans le contexte de la modernité politique sa projection sociale l'affranchit de certaines contraintes de la société de cour. Dans le processus de construction de la figure de « première dame », l'on note une fluidité des frontières palatines qui aménage sa pro-activité politique et sociale.

## **II. La femme du chef dans la République de cour : fluidité des frontières palatines et projection spatiale**

L'État postcolonial est aussi le lieu de recomposition de la figure de la « femme du chef ». Émasculées par les rationalisations wébériennes et une

---

*Masculin/féminin, op. cit.*, pour les rapports entre la narration choquante et la virilité mâle)

<sup>71</sup> Arnaud MERCIER, « Pouvoir de la dérision, dérision des pouvoirs », *Hermès*, 29, 2001.

<sup>72</sup> M. FOUCAULT, *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966 (il s'agit d'une analyse en détails des Ménines empruntées au célèbre portrait de Diego Velázquez (1656) consacré à la famille de Philippe IV).

<sup>73</sup> A. C. TAYLOR, « Pierre Clastres et la dérision du pouvoir chez les indiens : un commentaire » in *Terrain*, 61, 2013, p. 114-121.

polygamie de moins en moins rendue possible par l'adoption du christianisme, les chefferies traditionnelles s'érodent en capitaux matrimoniaux, en prestige et en influence<sup>74</sup>, accusant ainsi un net raidissement du harem. Au sommet de l'Etat, en dehors de quelques rares cas emblématiques de polygamie sérielle<sup>75</sup>, la figure de « première dame unique » s'impose de plus en plus sur la scène nationale ; elle est même parfois au cœur de l'action politique et sociale.

Le processus de construction de la personnalité de la première dame s'inscrit dans des cercles concentriques de projection fort différenciée. Dans cet agencement, l'on peut formuler trois types idéaux : le cantonnement palatin, la projection politique et la projection sociale. Il est toutefois difficile de faire le départ entre la nature singulièrement politique ou sociale de cette projection car elles procèdent toutes de la nature du système politique et des liaisons paradoxales entre l'ordre politique et l'ordre social<sup>76</sup>.

#### ***A. L'ordre politique et la production sociale de la femme du chef : cantonnement palatin et subjectivation endogène du champ.***

L'on pourrait avec quelques raisons corrélées la posture de la femme du chef (première dame) à la nature du système politique. Les systèmes « clos » ou monolithiques charrieraient un tempérament casanier de la femme du chef ; l'on a pu observer dans les cas camerounais, congolais, ivoirien et gabonais, un système de cantonnement des « premières premières dames » dans les limites étriquées des palais présidentiels<sup>77</sup> ; la première dame est demeurée selon Yatabary Aïcha « celle qui chuchote à l'oreille du président ... qui inaugure les pouponnières »<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Parfois l'option pour la polygamie survient ex-post ; les devoirs de la charge traditionnelle imposant au nouveau chef l'option polygamique conforme à l'idée que ce dernier a pour successeur le prince né sur le trône ( c'est le cas du sultan Ibrahim Mbombo Njoya qui compte aujourd'hui une dizaine d'épouses alors qu'il est demeuré monogame jusqu'à son départ du gouvernement).

<sup>75</sup> C'est le cas du Roi Mswati du Swaziland avec quatorze femmes, le président Jacob Zuma d'Afrique du Sud avec quatre épouses, feu Mouammar Kadhafi avec deux femmes et trois pour Yaya Jammeh de Gambie.

<sup>76</sup> Voir B. LACROIX, « Ordre politique et ordre social : objectivisme, objectivation et analyse politique », in M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, vol 1, p. 469-565.

<sup>77</sup> Germaine Ahidjo, Marie Thérèse Houphouët-Boigny, Patience Dabany Bongo et Edith Bongo et Antoinette Sassou Nguessou ont eu un tempérament passif du moins au regard de la pro-activité des premières dames de la deuxième génération.

<sup>78</sup> A. YATABARY, « Manifeste du Mouvement Femmes, Santé, Solidarité internationale », in Blog Aïcha Yatabary, *Les douleurs muettes des femmes*, 2017.

La peinture peut paraître excessive parce que même dans cette « société du secret » se forge toujours un souci d'affirmation endogène de soi. En effet, le palais présidentiel est une « configuration » au sens de Norbert Elias<sup>79</sup> ; et comme tel, s'y trament des transactions et des tractations porteuses d'externalités positives que le méta-pouvoir féminin mobilise pour parasiter le dispositif institutionnel soit par contournement, soit par intelligence subjective.

Il faudrait éviter ici un contresens. Le cantonnement palatin ne renvoie pas à un enfermement de « Goulag »<sup>80</sup> ; ni le sujet à l'acteur mais à la capacité d'être acteur et de construire son existence dans une structure de jeu donné.

Les figures du tempérament « casanier » sont incarnées par Jeanne Irène Biya et Germaine Ahidjo. Dans le contexte monolithique, la domination de la figure présidentielle sur l'univers palatin procède quasiment d'un fonctionnement patriarcal où, s'appuyant sur des gens qui dépendent en tous points de lui, se constitue en épice de l'un système coextensif à la structure. Il y a alors une correspondance de la personne du président de la République avec l'esprit du temps monolithique.

La proximité professionnelle des deux « premières dames »<sup>81</sup> leur conférait la figure « affectueuse » de mère d'enfant ou mieux de « matrones bretonnes » aux quelles Françoise Héritier fait allusion pour renforcer les traits de la domination masculine. Leur visibilité publique était restreinte pour l'essentiel aux voyages officiels du chef de l'État et aux dîners d'État ; la notion de « couple présidentiel » est dans ces circonstances mobilisée pour des liturgies de représentation<sup>82</sup>. C'est une clause de style protocolaire qui masque la domination mâle. Appréhendée à la verticalité et non à l'horizontalité, elle figure le destin d'une première dame condamnée à suivre de deux pas en arrière son époux. Irène Biya et Germaine Ahidjo ont été des « femmes relativement effacées » ; l'on trouve difficilement trace d'une

---

<sup>79</sup> F. DELMOTTE, « Les termes clés de la sociologie de Norbert Elias », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 2010/2 n° 106, p. 29-36.

<sup>80</sup> La dérision est d'ailleurs une forme de subjectivation de l'institution que P. BRUNETEAUX met en exergue dans les camps de concentration (voir « Dérision et dérisoire dans la stratégie de survie en camps d'extermination », *Hermès*, 2000/1 n° 21, p. 217-226).

<sup>81</sup> Germaine Ahidjo était infirmière généraliste des maladies tropicales ; Jeanne Irène Biya diplômée de l'École des sages-femmes de Nantes (cette dernière a en revanche continué d'exercer à l'hôpital central de Yaoundé même après l'accession de Paul Biya à la magistrature suprême).

<sup>82</sup> Voir au sujet des « liturgies de représentation », C. RIVIERE, *Les liturgies politiques*, Paris, PUF, 1988 ou M. ABELES, *Anthropologie de l'Etat*, Paris, A. Colin, 1990.

quelconque prise de parole publique de la part de ces dernières. Madame Ahidjo n'aurait jamais pris part au défilé de la fête nationale. Pour le journal *le Messenger* « c'était une femme qui savait s'effacer devant Mr le président qui ne l'amenait d'ailleurs que dans des tournées à l'intérieur du pays. Elle se limitait ainsi à ses sorties publiques constituées des visites à caractère social dans les orphelinats ou autres institutions spécialisées telles que le centre cardinal Leger qui s'occupe notamment des handicapés ; jamais on ne l'a vue au défilé lors de la fête nationale. Elle n'apparaissait que dans les réceptions offertes par le couple présidentiel et lors des voyages à l'étranger »<sup>83</sup>.

Le même portrait est fait de Irène Biya avec une note de chaleur maternelle qui - du reste -, la singularisait : « considérée comme une sorte de mère de la nation camerounaise, maternelle, elle l'était effectivement, il appelait tout le monde « mon fils » ou encore « ma fille », « mes enfants » ... garde de corps, responsable de protocole, cuisinières, jardinières »<sup>84</sup>.

Cette « passivité » participait d'un style de « présentation de soi » sur scènes qui contraste pourtant fort avec leur capacité à construire en « coulisse » leur existence dans le sous-système palatin. En effet, dans ce sous-système, les deux premières dames déployaient une « politique d'affection »<sup>85</sup> qui leur permettait de dominer l'arrière-cour du palais. En tout cas les femmes comme les hommes sont détentrices d'une volonté de pouvoir et « c'est dans la façon d'imposer la loi ou de livrer ses convictions qu'il peut y avoir des nuances »<sup>86</sup>. Le maternalisme qu'affiche Irène Biya shunte tout l'appareil palatin et fait circuler le pouvoir de façon intermittente d'une cavité à l'autre.

Les appellations affectueuses (« maman », « mon fils » ou « ma fille ») qui structurent l'« agir communicationnel » dans ce sous-système constituent des « actes perlocutoires »<sup>87</sup> au regard de l'effet psychologique que pourraient produire de telles références sur le récepteur ; par l'entremise de

---

<sup>83</sup> *Le Messenger* du 28 février 2014, « Cameroun 50 ans d'indépendance : trois premières dames, trois styles différents ».

<sup>84</sup> *Le Messenger*, *ibid.*

<sup>85</sup> L. SINDJOUN, *Politique d'affection en Afrique Noire : société de parenté, société d'Etat et libéralisation politique au Cameroun*, vol. 2, n° 2, Occasional paper series, AAPS, 1998, 64 p.

<sup>86</sup> E. BADINTER, *Le pouvoir au féminin : Marie Thérèse d'Autriche (1717-1780), l'impératrice reine*, Paris, Flammarion, 2016.

<sup>87</sup> J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, (un acte perlocutoire est la conséquence psychologique qu'entraîne un énoncé d'un sujet parlant sur son auditoire).

cette interaction communicationnelle se construit une « zone d'incertitude »<sup>88</sup> où se déploie une ingénierie de siphonage du pouvoir.

Ainsi, Germaine Ahidjo se présente-t-elle comme l'intercesseur, ou mieux la médiatrice toujours prompte à offrir ses bons offices dans les différends opposant son époux à ses collaborateurs ; se délectant -parfois dans sa disgrâce-, d'avoir toujours considéré Paul Biya « comme son fils ». Ses déclarations à Radio France Internationale confortent l'impression qu'elle exerçait un fort tropisme sur les décisions du chef de l'Etat ; du moins l'éclairait-elle sur le choix de ses principaux collaborateurs<sup>89</sup>.

Cette « politique d'affection » pourrait aussi être appréciée à l'aune les « trophées politiques » engrangés par les premières dames. Ils auront été pour l'essentiel des gratifications ex-post. La fibre parentale de Mme Biya n'aura été activée comme levier politique qu'à titre posthume. Aussi note-t-on une cooptation par le président Biya des figures marquantes de la famille de son ex-épouse<sup>90</sup>. Il en a été de même pour Germaine Ahidjo lorsque la question du rapatriement de la dépouille de son époux s'imposait de plus en plus comme un enjeu de réconciliation nationale. Le retour médiatisé d'Aminatou Ahidjo (fille d'Ahmadou Ahidjo) en 2013 et son enrôlement au parti au pouvoir, la nomination du fils aîné de l'ancien président comme ambassadeur itinérant par le président Biya participent de cette « politique d'affection » qui retisse les liens politiques entamés par le traumatisme historique des circonstances de la disparition de l'ancien de l'Etat. Dans un cas comme dans l'autre, le « mort saisit le vif »<sup>91</sup> dans une logique d'usage politique de la parenté.

Les deux « premières premières dames » dans leur cantonnement palatin ont organisé et structuré « des zones d'incertitude » où se déploie efficacement un jeu de fond de cour. Ce faisant, elles ont préservé un espace du pouvoir présidentiel que les autres ne maîtrisent pas. De nos jours, les premières dames acquièrent une notoriété inégalable ; devenues proactives, elles rompent avec la figure sobre d'adjuvante du président et s'engouffrent

---

<sup>88</sup> M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Seuil, 1977.

<sup>89</sup> A. FOKA, *Archives d'Afrique : Ahmadou Ahidjo*, (18), RFI, 2010.

<sup>90</sup> Robert Nkili frère cadet de Jeanne Irène Biya est ministre du Travail entre 2002 et 2011 et des Transports entre 2011 et 2015 ; neveu de Mme Biya, Louis Paul Motaze est ministre de l'Economie, de la Planification et de l'Aménagement du Territoire ayant été au préalable secrétaire général des services du premier ministre ; cousin patrilatéral de Mme Biya, Emmanuel Ava-Ava a été député du Nyong et Mfoumou de 1997 à 2003.

<sup>91</sup> P. BOURDIEU, « Le mort saisit le vif : les relations entre l'histoire réifiée et l'histoire incorporée », *Acte de recherche en Sciences sociales*, vol. 32, n° 1, 1980, p. 3-4.

dans les failles d'un dispositif institutionnel de plus en plus émasculé par les demandes sociales.

**B. La « femme du chef » dans les conjonctures de fluidités politique et sociale**

Les premières dames de la deuxième génération semblent saisies par la fluidité des « conjonctures critiques »<sup>92</sup>. Celles-ci inaugurent leur « magistrature féminine suprême » quasiment dans un contexte d'effondrement des routines et de métamorphose de la régulation politique. Le contexte général de la démocratisation s'offrant d'ordinaire comme une « structure d'opportunité » d'action ; dans la mesure où la compétition a ouvert aux agents sociaux de larges perspectives d'émancipation sociale et politique. Les premières dames sortent pour ainsi dire, de leur « réclusion » palatine pour porter le « chapeau phrygien » d'une pro-activité qui se déploie dans les domaines politique, économique et social. L'on peut -avec le risque de trop schématiser une réalité fort complexe- proposer deux idéaux-types de pro-activité des premières dames : un -d'allure apolitique- que l'on peut considérer comme une « pro-activité sociale », l'autre plus marqué par des luttes d'occupation du champ politique que l'on pourrait appeler « pro-activité politique »<sup>93</sup>.

Notre tentative d'objectivation se limitera à trois figures proéminentes qui incarnent sur leurs traits essentiels ces deux types idéaux. Il s'agit d'un horizon d'interprétation qui inclut aussi bien le métapolitique, le parapolitique que le politique lui-même. Il n'y a d'ordinaire pas de type pur qui ne puisse se laisser saisir par la politique puisque parfois situé à l'interface des institutions publiques, parapubliques et même privées<sup>94</sup>. Entre Chantal

---

<sup>92</sup> M. DOBRY, *Sociologie des crises politiques : la dynamique des mobilisations multisectorielles*, Paris, Presses de la FNSP, 1986. Les « conjonctures critiques » selon Dobry sont marquées par une mobilisation multisectorielle assortie d'une déssectorisation. Elles révèlent une certaine plasticité du système social qui offre des opportunités en termes de « coups politiques » tendus.

<sup>93</sup> Pour le rapport « fait politique » / « fait social », voir J. LAGROYE (dir.), *La politisation*, Paris, Belin, 2003 ; plus précisément : « Ordre politique et ordre social », *RFSP*, 4/2004 (vol. 54), p. 715-723. Pierre Favre est plus profond sur cette question : à propos du sens et du non-sens d'une problématique récurrente, il se demande bien si la question de l'objet de la science politique a finalement un sens ; puisque nous nous attardons très souvent sur des considérations essentialistes (« La question de l'objet de la science politique a-t-elle un sens ? », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, Hermès, 1980, p. 123-141).

<sup>94</sup> V. MICHAUX, « Innovation à l'interface entre mutations publiques, parapubliques et privées dans le cadre des politiques publiques préventives concertées : le cas de la

Biya, Simone Gbagbo et Rosine Soglo, la commune mesure c'est leur projection hors du cercle étriqué du palais présidentiel.

*1. La première dame du Cameroun et la construction sociale de sa stature : l'« apolitisme politique » des actions caritatives de Chantal Biya*

La figure proéminente de Chantal Biya résulte d'une construction sociale<sup>95</sup> ayant partie liée avec les représentations collectives qui structurent les perceptions que les agents sociaux ont d'un enjeu quelconque : « nymphe de l'Égérie », « mère de la nation », « présidente dans l'ombre » sont autant de qualificatifs que l'opinion politique lui concède volontiers par antonomase<sup>96</sup>. Le contexte de crise économique très singulièrement marqué par la crise du secteur sanitaire et éducationnel a été un embrayeur de l'action humanitaire de la première dame camerounaise. Il s'agit d'un domaine où les politiques publiques de santé et de l'éducation accusent une crise de verticalité et où la puissance de l'Etat est en question<sup>97</sup> ; les « cadets sociaux » semblent désemparés par une dispersion due à une adhésion au départ plutôt passive du Cameroun à la lutte contre le VIH/Sida ; même si les pouvoirs publics ont pris quelques décisions hardies portant sur les coûts des trithérapies<sup>98</sup>.

Dans la constellation d'acteurs (Etat, Médecins sans frontières, Association des frères et sœurs réunis, SunAIDS...) qui anima une solidarité passablement minimale à partir de 1990, l'action de Mme Biya est apparue dans un contexte de demandes sociales toujours pressantes comme une force de sustentation des souffrances des populations vulnérables.

La construction de sa stature paraît s'inscrire dans une stratégie d'appropriation largement tributaire du « charisme d'institution »<sup>99</sup>. En

---

prévention des licenciements pour raison de santé », *Management et avenir*, 5/2010, (n° 35), p. 210-234.

<sup>95</sup> T. LUCKMAN et P. BERGER, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986.

<sup>96</sup> C'est M. F. EBOKO qui use de l'image de l' « Égérie » pour magnifier sa capacité à proposer une alternative aux douleurs et souffrances sociales (« Chantal Biya : Fille du peuple et Égérie internationales », *Politique Africaine*, n° 95, octobre 2004/3, p. 91-10.

<sup>97</sup> F. EBOKO, « L'organisation de la lutte contre le Sida au Cameroun : de la verticalité à la dispersion », *APAD*, 21 : 49-68.

<sup>98</sup> Notamment le protocole d'accord signé avec Lionel Laplace le 04 avril 2001 qui aboutit à une baisse de plus de 90 % par rapport au prix coûtant ; mais surtout le décret présidentiel de juillet 2002 annonçant une baisse sensible des prix des molécules antirétrovirales et une baisse consécutive du coût des examens biologiques.

<sup>99</sup> M. WEBER, « Les transformations du charisme et le charisme de fonction » in *RFSP*, 2013/3, vol. 63, p. 463-486.

regard, la Fondation Chantal Biya s'implante sur les fonts baptismaux d'une initiative encore frustrée de Jeanne Irène Biya de l'« Aide à l'enfance malade » logée au pavillon pédiatrique portant à l'époque son nom ; de même bien qu'étant originellement présidente du CERAC<sup>100</sup>, elle a trouvé prise sur les linéaments d'une institution en gestation par la constitution des soutiens divers à travers ce que Christian Topalov appelle le « sens commun réformateur »<sup>101</sup>. Le charisme d'institution peut ainsi permettre au « mort de saisir le vif ».

Cette mobilisation plutôt « stalagmite » s'est socialement ancrée grâce aux « structures d'opportunités politiques » de la conjoncture fluide de la démocratisation. La lutte politique a en effet été pour l'essentiel une lutte de dé-légitimation du pouvoir dirigeant accentuée par les contre-performances économiques que l'opposition mettait au compte d'une gouvernance caractérisée par une corruption généralisée.

Face à un « style de l'absence » ou mieux à un éloignement de l'espace public que certains auteurs attribuent volontiers au président Biya à la suite des deux premiers essais électoraux de l'ère pluraliste<sup>102</sup>, Chantal Biya va déployer une pro-activité effrénée dans le domaine humanitaire, visiblement pour soutenir socialement un pouvoir éprouvé par des luttes singulièrement politiques. Il y a dans le « répertoire d'actions » de la première dame ce que Hanspeter Kriesi appelle « involution », c'est-à-dire une accentuation de son mouvement sur des incitations sociales<sup>103</sup>. Cette offre est visiblement en congruence avec les attentes des secteurs sociaux les plus éprouvés par la crise politique et économique.

---

<sup>100</sup> Le Cercle des amis du Cameroun à sa création était pour l'essentiel composé des femmes des diplomates. Cette extraversion statutaire était pour le moins un obstacle à son ancrage social. D'où son ouverture aux élites camerounaises ; d'ailleurs la dénomination « masculinisée » (Cercle des Amis du Cameroun) et non Cercle des Amis du Cameroun traduit cet esprit d'ouverture.

<sup>101</sup> C. TOPALOV (dir.), *Laboratoire du nouveau siècle : la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France (1880-1914)*, Paris, Ed. EHESS (Le « sens communs réformateur » s'inscrit « dans une catégorie transversale aux classements du champ politique » (C. TOPALOV, « les réformateurs et leurs réseaux : enjeux d'un objet de recherche » in *Laboratoire du nouveau siècle*, p. 12.)

<sup>102</sup> F. EBOKO, « Chantal Biya : « fille du peuple » et « Égérie internationale », *op. cit.*, p. 96. L'expression « style de l'absence » utilisée par Fred Eboko s'origine dans un article de S. SMITH : « Un vacancier au pouvoir à Yaoundé » in *Libération*, 16 février 1995.

<sup>103</sup> H. KRIESI in MC ADAM, J.D. *Mac Carthy* et N. M. ZALD, « Comparative perspectives on social movements: political opportunities, mobilizing structure, and cultural framing », Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 156.

Cette « involution » va s'accompagner d'une « institutionnalisation » épousant une projection spatiale en cercles concentriques : projection endogène sous le label de la Fondation Chantal Biya et du CERAC, projection internationale sous le sceau des Synergies africaines contre le SIDA et les souffrances. Ces institutions sanctuarisent toutes sortes d'action en faveur des couches sociales défavorisées<sup>104</sup>. La Fondation Chantal Biya suscite à elle seule un formidable attrait des personnalités de marque avec quarante-cinq visites de mai 2003 à novembre 2013<sup>105</sup>.

Le « complexe caritatif » de la première dame camerounaise comporte essentiellement des associations apolitiques et déclarées d'utilité publique par décret présidentiel. Mais ces initiatives s'inscrivant dans les séquences constitutives d'une politique publique, l'on peut questionner la légitimité de ces actions parapubliques<sup>106</sup> ; autrement dit, l'apolitisme de Mme Biya n'est-il pas *in fine* politique ? Certes la notion de « couple présidentiel » n'est plus très usitée au regard de l'excessive personnalisation des actions de Mme Biya ; elle affiche une ascension solitaire que ses prises de parole confortent, à travers un recours « déférenciel » plutôt rare à l'égard de son mari ; s'est-elle frayé un champ de déploiement solitaire exempt de toute immixtion présidentielle ; symptomatique est d'ailleurs la domiciliation de ces structures hors de la présidence de la République marquant ainsi un détachement organique. En tout cas les œuvres sociales de la première dame s'offrent

---

<sup>104</sup> Dans le « complexe caritatif » de Mme Biya les objectifs se recoupent parfois. La FCB a pour objectifs : la prévention et le soulagement des souffrances humaines, la protection, l'éducation et les actions sociales et sanitaires en faveur de la mère et de l'enfant, l'assistance aux personnes âgées, lutte contre la pauvreté et la misère, la protection de la famille, l'assistance en matériels et en médicaments aux hôpitaux et centres de santé nécessaires. Les missions des synergies africaines sont plus spécifiques : lutte contre le travail des enfants et autres sévices subis par ceux-ci, promouvoir par tous les moyens l'amélioration des conditions de vie des femmes rurales africaines, apporter un appui résolu à la mise en œuvre effective de la déclaration de Genève et des plates-formes africaine et mondiale, lutte contre le VIH/SIDA. Le CERAC vise à « cultiver l'amitié et la solidarité entre ses membres, apporter une assistance humanitaire aux populations vulnérables, favoriser l'accès des déshérités aux soins de santé de qualité, promouvoir l'éducation intensive, contribuer à la lutte contre la pauvreté et les souffrances humaines, œuvrer à la promotion du rayonnement international du Cameroun notamment à travers la section diplomatique ».

<sup>105</sup> Voir n° spécial *FCB-Magazine* 2014, p. 46.

<sup>106</sup> Voir communication du professeur N. MACHIKOU : « Les actions sociales de la première dame : une dynamique privée dans les politiques publiques. Peut-on parler de politiques parapubliques », Colloque du 1<sup>er</sup> au 3 novembre 2016, Université de Yaoundé II.

comme une réplique hardie à une adhésion au départ plutôt « passive » du gouvernement à lutte contre les souffrances humaines.

Elle « fait la politique » autrement que par son implication formelle dans le champ politique. La notion emblématique de « champ » que Pierre Bourdieu considère comme un enjeu de lutte entre agents et organisation qui le constituent, suggère l'idée de sa relative ouverture<sup>107</sup> ; n'étant pas un espace fermé, le « champ politique » héberge toujours des substances apolitiques potentiellement politisables.

Les œuvres de la première dame sont logées au sein des institutions publiques (CHU, hôpital central etc.) ; elles hébergent une dynamique privée des politiques publiques. Ce glissement paradigmatique (des politiques publiques aux politiques parapubliques) pose le problème plus général de la mutation conceptuelle de la notion d'intérêt général. La conception volontariste qui place l'Etat au centre de l'action publique réduirait ainsi les politiques publiques aux « interventions d'une autorité investie de puissance publique et de légitimité gouvernementale sur un domaine spécifique de la société ou du territoire »<sup>108</sup>. Cette notion migre progressivement vers une formulation démocratique et participative à des fins d'intérêt général qui suppose un exit des sites classiques des formulations des politiques sociales vers des « communautés de responsabilité » plus aptes aux « mobilisations instituanes »<sup>109</sup>.

Somme toute, la première dame est un acteur politique car il y a toujours un chevauchement de sphères -aussi minimal soit-il<sup>110</sup>-, entre le politique et l'apolitique. Et au surplus, l'entreprise de politisation par les entrepreneurs politiques rend inéluctablement politique ces actions ; comme nous le rappelle Jacques Lagroye, ce processus de politisation renvoie à la « requalification des activités sociales les plus diverses, requalification qui résulte d'un accord pratique entre les agents sociaux enclins, pour de

---

<sup>107</sup> P. BOURDIEU, *Propos sur le champ politique* : introduction de Philippe FRITSCH, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2000.

<sup>108</sup> J. C. THOENIG, *Dictionnaire des politiques publiques*, 4<sup>e</sup> édition, Presses de Sciences politiques, 2014.

<sup>109</sup> Sur les « communautés de responsabilité » : voir B. BADIE, *Un monde sans souveraineté : les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999 ; voir pour les « mobilisations instituanes » : J. NJOYA, « Gouvernance locale et démocratie représentative au prisme de la participation citoyenne » in *Revue Africaine d'Études politiques et stratégiques*, n° spécial, novembre 2016, p. 1-18.

<sup>110</sup> J. P. DALOZ, « Au-delà de l'État néo-patrimonial, Jean-François Médard et l'approche élitare », *Revue internationale de politique comparée*, 2006/4, (vol. 13), p. 617-623.

multiples raisons, à transgresser ou à remettre en cause la différenciation des espaces d'activités »<sup>111</sup>.

Le débat sur la nature politique ou apolitique de l'objet du colloque consacré aux actions sociales de la première dame organisé par l'université de Yaoundé II, révèle des prises de position politiquement clivées au regard de la posture partisane des protagonistes. Cet objet pourtant scientifiquement objectivable a été largement approprié par les « entrepreneurs politiques », et l'on ne peut s'étonner que beaucoup laissent entendre qu'à défaut de suivre leur raisonnement, l'Université de Yaoundé II se placerait hors de la scientificité<sup>112</sup>. Il est constant que la première dame politise moins ses œuvres sociales que ne le font les entrepreneurs politiques. Somme toute, si l'oxymore ne sonnait pas parfois comme un barbarisme, l'on arguerait peut-être -avec quelques hésitations-, que Chantal Biya fait de l'« apolitisme politique ».

Pourtant le type-idéal de projection politique des premières dames est incarnée par Simone Gbagbo et Rosine Soglo au regard de leur occupation du champ politique de leur pays respectif.

## 2. *L'idéal-type de première dame politique : Simone Gbagbo, Rosine Soglo et la politique en duo*

Dans cet idéal-type, la femme du chef marque véritablement le champ politique. Le président et la première dame jouent en duo sur le terrain politique. Tantôt adjuvante politique de son conjoint, tantôt elle tente de supplanter ce dernier par une occupation quasiment ubiquiste de l'arène politique. Dans le contexte ivoirien l'activisme politique de Mme Gbagbo a même confiné à une prise de pouvoir<sup>113</sup>. Le récit de vie des premières dames de Côte d'Ivoire révèle en elle un type-idéal très politisé tranchant nettement avec ses devancières<sup>114</sup>. Sa formation universitaire a été un puissant incubateur de son activisme politique. Dans la carrière politique de Mme Gbagbo l'on peut précisément prêter attention au rôle qu'elle a joué dans

---

<sup>111</sup> J. LAGROYE, « Entre ordre politique et ordre social : la politisation » in Jacques L. (dir.), *La politisation*, Paris, Belin, 2003, p. 361.

<sup>112</sup> Quelques jours avant ledit colloque, Monsieur Alain Fogue, maître de conférences à l'Université de Yaoundé II a adressé une « laborieuse » lettre ouverte au premier ministre et aux universitaires pour dénoncer ce qu'il a appelé « meeting politique scientifique » qui pourtant demeure dans la sociologie durkheimienne un « fait social » scientifiquement objectivable.

<sup>113</sup> M. TOURE, « Côte d'Ivoire : Simone Gbagbo prend le pouvoir », in *Politique Africaine*, 2004/3 n° 95, p. 32-36.

<sup>114</sup> Marie-Thérèse Houphouët-Boigny, Henriette Kona Bédié, Rose Doudou Gueï étaient des « femmes de l'ombre ».

l'aménagement des « structures de plausibilité de coups » contre l'*establishment* politique en Côte d'Ivoire. Elle a appartenu à tout un « réseau d'occurrences »<sup>115</sup> de la figure du désobéissant : elle adhère à la « cellule Lumumba » considérée comme un groupe anarcho-révolutionnaire, dirige le syndicat des enseignants du supérieur (SYNARES), impulsant du même coup des mouvements de grève à l'enseignement supérieur<sup>116</sup> ; elle est aussi très marquée par une foi évangélique à tout crin à laquelle elle convainc son époux.

Le « répertoire d'actions politiques »<sup>117</sup> du président Gbagbo recoupe celui de son épouse. Très marqué à Gauche par un syndicalisme actif dans les années 1970, il a été l'artisan des manifestations qui ont abouti à la fermeture des Universités et des grandes écoles en 1982. Deux socialisations politiques congruentes qui vont imposer dans le jeu politique ivoirien une « noblesse des motivations désobéissantes »<sup>118</sup>. Les deux acteurs ont laborieusement mobilisé ces répertoires d'action dans un système difficile d'accès, mais embrayé par le « changement des alignements politiques... la division des élites et la répression »<sup>119</sup>.

Duo ou duel sur le champ politique ? Il est difficile de trancher. Si l'on ne peut parler de bicéphalisme, peut-être faudrait-il évoquer l'image du « tandem » : « pédalé de l'arrière par Simone Gbagbo ». Mais le sentiment d'un bicéphalisme à la tête de l'Etat est demeuré tenace chez la plupart des observateurs de la vie politique ivoirienne : « en fait, et le cas est unique en Afrique, il n'y a pas en Côte d'Ivoire, de 2000 à 2011, un seul chef qui règne, mais deux »<sup>120</sup>. L'hypothèse de la de la « domination masculine » peut alors paraître frustrée dans une telle supposition. Plus ironiquement d'aucuns lui attribuent volontiers le qualificatif de « dame de fer de son président mari »<sup>121</sup>. Le secrétaire général de l'ONU ne soulignait-il pas déjà en 2001 l'influence de la première dame ivoirienne en envisageant de l'inviter au

---

<sup>115</sup> P. BERGER et T. LUCKMANN, *Social construction of reality*, Londres, Penguin Books, 1971, p. 174-175.

<sup>116</sup> F. SOUDAN, « Simone Gbagbo, le pouvoir jusqu'à la lie », *Jeune Afrique*, 2-8 décembre 2016, p. 24-32.

<sup>117</sup> C. TILLY, « Les origines du répertoire de l'action collective contemporaine en France, et en Grande Bretagne », in *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, n° 4, octobre 1984, p. 89-108.

<sup>118</sup> M. PEDRETTI, *La figure du désobéissant en politique : étude des pratiques de désobéissance civile en démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 59-62.

<sup>119</sup> S. G. TAROW, *Power in Movement: collective action, Social movements and politics*, Cambridge University Press, 1994.

<sup>120</sup> F. SOUDAN, *op. cit.*, p. 25.

<sup>121</sup> « Simone, la « Dame de fer » de son président mari », in *le Figaro*, 2-3 avril 2011, p. 20.

sommet sur la Côte d'Ivoire en raison -arguait-il-, de « sa meilleure compréhension des solutions » pouvant aider à mettre vite en œuvre les décisions arrêtées<sup>122</sup>. Simone se révèle aussi être, l'autre Gbagbo à la tête de la Côte d'Ivoire souligne dans la même veine le journal le *Monde*.

En réalité, il y a dans cette apparente rivalité, un jeu l'« oie du pouvoir » structuré par une interaction symbolique qui leur permet de « sauver la face »<sup>123</sup>. Jouant le jeu de la « figuration » et des « échanges réparateurs », elle veillait à ne jamais contredire publiquement le président Gbagbo. Très souvent elle marquait une distance avec la presse et s'effaçait dans les réunions officielles présidées par le chef de l'Etat. En contrepoint toutefois, elle irradiait le gouvernement de son magistère d'influence : « tous les ministres ont du respect pour moi ; et on me situe souvent au-dessus d'eux »<sup>124</sup>, déclarait-elle au journal *l'Express*. Lors d'un meeting politique à Abidjan en 2010, elle saluait en ces termes l'accession du président Gbagbo à la magistrature suprême : « Merci à Dieu de nous avoir donné ce président de la république, merci mon Dieu tout simplement d'être Dieu ».

Une lecture anthropologique de la « maison africaine » nous conforte dans l'idée que faute de s'être emparé du pouvoir, la première dame ivoirienne a exercé un fort tropisme sur le système politique. Sur la scène politique ivoirienne elle occupe le « côté cour » et le « côté jardin » qu'elle domine de sa solennité subjuguante<sup>125</sup>.

L'épouse du président Nicéphore Soglo incarne aussi avec quelques nuances et variations cette figure politique de la « femme du chef ». Le couple présidentiel béninois présente quelques exogénités identitaires qui

---

<sup>122</sup> Voir E. GOFFMAN, *Les rites d'interaction*, Paris, Minuit, 2003.

<sup>123</sup> Cité par F. SOUDAN, *Jeune Afrique, op. cit.*, p. 26.

<sup>124</sup> V. HUGUEUX, « Côte d'Ivoire : les femmes du président font campagne », octobre 2010. Elle a constitué un noyau de soutien à Laurent Gbagbo composé de l'universitaire de Mamadou Koulibaly, d'Amselme Seka Yabo, Blaise Gbotta Tayoto (son directeur de cabinet), Marcel Gossio (DG du port d'Abidjan), Charles Poli Goudé (leader étudiant devenu ministre), Désiré Trago (conseiller spécial à la présidence).

<sup>125</sup> Les métaphores du « côté cour » et du « côté jardin » sont empruntées à la comédie française du XVII<sup>e</sup> siècle signifiant les espaces réservés respectivement à la reine et au roi (voir C. GUILLEMARD, *Secrets des expressions françaises*, Bartillat, 2007). Mme Gbagbo avait fait oublier la polygamie de son conjoint et a écarté la deuxième épouse du président (Nadiana Bamba) en lui intimant de quitter le palais présidentiel (*Jeune Afrique* du 2 au 8 septembre 2016, p. 24-32). Mais la seconde épouse du président a pesé de tout son poids dans les campagnes du président à travers l'agence de communication qu'elle dirigeait, sans pour autant supplanter « l'épouse historique » dans la vie politique.

auraient pu le desservir politiquement ; dans la mesure où il ne bénéficiait pas de « structures d'opportunité de proximité »<sup>126</sup>.

En effet, Rosine Soglo est issue d'un lignage « Aguda », nom local donné aux familles afro-brésiliennes de Ouidah. Nicéphore Soglo quant à lui appartient à l'aristocratie princière de Behanzin et né en 1934 d'une mère d'origine togolaise ; ni l'un, ni l'autre n'affiche un passé politique éprouvé malgré des brillantes études universitaires<sup>127</sup>.

Dans la « configuration de l'envol politique » du couple, les analystes notent en elle « une méconnaissance du savoir-faire politique intérieur » due à sa très forte « occidentalisation »<sup>128</sup>. Comble d'exogénéité : Nicéphore Soglo a été contraint à l'exil de 1974 à 1990. Consciente peut-être du difficile ancrage social de l'offre politique du président Soglo, elle a procédé par des « anticipations adaptatives »<sup>129</sup>. C'est dans cette optique que va s'inscrire la création de la *Renaissance du Bénin* parti très marqué de l'empreinte de la première dame, qui *in fine* va en faire une gestion quasiment néo-patrimoniale.

Contrairement à Chantal Biya qui fait la politique de biais, Mme Soglo s'y investit sans fards à travers un processus d'accumulation et de « redistribution clientéliste » sous-tendu par le « straddling associatif »<sup>130</sup>. Sur ce dernier trait, le réseau associatif (Vidole)<sup>131</sup> qu'elle crée en 1991 a été un embrayeur de la transmutation du capital social en capital politique. Elle

---

<sup>126</sup> S. TARROW, « State and opportunities: The political structuring of social movements », in *Comparative perspective on social movements: political opportunities, mobilizing structures, and cultural framing*, direction de D. MCADAM, J. MCCARTHY et M.-N. ZALD, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 41-61.

<sup>127</sup> Rosine Soglo est diplômée en droit privé et a officié comme huissier. Nicéphore est économiste et diplômé de l'ENA avec le grade d'inspecteur des finances. Sur le plan politique l'on note un passage météorique à la tête du ministère de l'Economie et des Finances de 1965 à 1967, promotion qu'il devait à son oncle le général Christophe Soglo qui dirigeait alors le Dahomey.

<sup>128</sup> E. A. TOZO, « Rosine Soglo : famille et entreprise politique » in *Politique Africaine*, n° 95, octobre 2004, p. 73.

<sup>129</sup> T. LAWSON, « Adaptive expectations and uncertainty » in *Review of Economic Studies*, 1980, p. 305-320. L'« anticipation adaptative » est une notion de l'intelligence économique liée au modèle de formation des opinions concernant l'événement futur. Les « anticipations adaptatives » supposent qu'une partie de l'erreur d'anticipation est corrigée pour la prochaine anticipation.

<sup>130</sup> E. A. TOZO, *op. cit.*, p. 76.

<sup>131</sup> Vidole signifie littéralement « l'enfant est un trésor » ; c'est une association caritative s'occupant des catégories sociales vulnérables notamment les enfants et les familles démunies.

développe un leadership à la lisière du transactionnel et de l'autoritarisme. Comme « leader transactionnel »<sup>132</sup>, elle transige et concède des récompenses implicites ou explicites mais dans une logique d'évergétisme. Comme « leader autoritaire », elle excellait dans les mises gardes, prenant en grippe quasi instantanément les détracteurs de son mari. Elle va ainsi répondre à l'éclatement du groupe parlementaire « le Renouveau », principal soutien au président Soglo, par un sabotage des partis constitutifs du groupe. Le communiqué sans concession qu'elle signe en 1993 enjoint non sans succès les leaders des dites formations politiques à rejoindre sans délai la *Renaissance du Bénin*, stratégie qui a permis au président Soglo d'élargir son spectre électoral. Il est même fait allusion à une dérive néo-patrimoniale avec une forte imbrication de la parenté et de la politique<sup>133</sup> dans la gestion de l'appareil étatique. Tissant sa toile sur un fond de parenté biologique, elle avait au terme du mandat du président Soglo causé d'énormes attritions à la *Renaissance du Bénin* et impacté sérieusement la gestion de l'Etat très marquée par une forte concentration des pouvoirs<sup>134</sup>.

C'est cette forte intrication de la parenté et du politique qui révèle la part variable de l'occupation du champ politique par les premières dames africaines. Présence furtive dans le champ lorsque l'action de la première dame (Chantal Biya) se focalise sur les œuvres sociales avec une dissimulation feinte des externalités politiques de son action ; présence massive sur le champ politique lorsqu'elle (Mme Soglo, Mme Gbagbo) affiche à tout crin une pro-activité politique : sur ce dernier trait les deux premières dames font la politique en duo avec leur époux respectif dans un rituel d'interaction charriant « figuration » et « préservation de la face »<sup>135</sup>, et qui ne laisse transparaître aucun interstice d'apparente conflictualité.

---

<sup>132</sup> Voir J. BURNS, *Leadership*, New York, Harper and Row, 1978.

<sup>133</sup> E. A. TOZO, « Rosine Soglo, famille et entreprise politique », *op. cit.*, p.80. Le beau-frère du président Désiré Vieyra a ainsi été nommé ministre d'Etat en charge de la coordination de l'action gouvernementale et intérimaire du président ; Saturnin Soglo fut également désigné ambassadeur en Allemagne. Le colonel Christophe Soglo était commandant de la garde présidentielle ; Lehady Soglo, fils aîné du président a été nommé chargé de mission à la présidence de la république ; l'actuel président Patrice Talon a également bénéficié des mêmes largesses du réseau familial présidentiel, étant le beau-frère de Désiré Vieyra lui-même beau-frère du président, *op. cit.*, p. 82.

<sup>134</sup> Joseph Campbell relève qu'à la fin du mandat du président Soglo, ce dernier entretenait des rumeurs de coup d'Etat qui l'ont amené à démettre Vieyra ministre de la Défense pourtant beau-frère du président (voir J. CAMPBELL, *The emergent independant press in Côte-d'Ivoire : from voice of State to advocate democracy*, *Wespost*, Connecticut, London, 1996, p. 63-66.

<sup>135</sup> E. GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, Minuit, 1973.

Ces « premières dames-garçons » ne supplantent, ni n'héritent (de) leurs époux : elles sont -pour puiser dans le vocabulaire greimasien- des « adjuvantes » d'un « héro » en assomption. Il en résulte que toute la grammaire politique mobilisée à l'effet de conforter la thèse de la « prise de pouvoir » par les premières dames en raison de leur dynamisme proactif, ne fait qu'effleurer une réalité éminemment complexe : celle de leur participation à la co-construction de l'image de l'institution présidentielle.

## INSTRUCTIONS AUX AUTEURS

### SAISIE DU TEXTE

Une règle fondamentale doit présider à la saisie du texte : celle de l'homogénéité de la présentation. Là où plusieurs formules sont correctes, le choix de l'une d'entre elles exclut définitivement l'usage des autres. Ainsi, par exemple, si l'on écrit : (art. X, C. civ.), on ne peut plus, ensuite, écrire : (article X du Code civil) ou (C. civ., art. X).

Nous insistons pour que les textes soient encodés le plus simplement possible « au kilomètre », sans effort particulier de mise en page. Pour la clarté du propos, il est cependant indispensable :

- de pouvoir distinguer les différents paragraphes par un retrait d'alinéa (attention : pas de retour manuel à la fin de chaque ligne mais bien uniquement à la fin de chaque paragraphe) ;
- de pouvoir distinguer les différents niveaux de titres (selon la structure ci-après) ;
- d'insérer entre les paragraphes une ligne de blanc.

Les titres ne doivent jamais, à quelque niveau qu'ils se situent, s'achever par un point (sans préjudice, évidemment, de la présence d'un point abrégatif).

Il est déconseillé d'utiliser la fonction de coupure de mots en fin de ligne. Fréquemment, lorsque le mot ne se trouve plus en fin de ligne dans la mise en page de l'impression, le trait de coupure est interprété par le programme comme un trait d'union, et subsiste donc indûment.

Pour les guillemets, il convient d'utiliser, en premier rang, les guillemets français « ... »<sup>1</sup>. Lorsque, à l'intérieur d'une chaîne entre guillemets, il y a lieu d'en ouvrir de nouveaux, il faut employer les guillemets anglais "...". En règle, dans un texte en français, ceux-ci ne doivent pas être utilisés en premier niveau. Les guillemets français doivent être suivis (pour les ouvrants) ou précédés (pour les fermants) par un espace insécable<sup>2</sup>. En revanche, les guillemets anglais s'agglutinent au mot qu'ils encadrent.

Dans le même ordre d'idées, lorsqu'il y a lieu d'utiliser des parenthèses au sein d'un groupe lui-même entre parenthèses, il faut employer en second niveau les

---

<sup>1</sup> Dans Word 97 ou 2000, ils peuvent être générés automatiquement par : Outils → Correction automatique → onglet « Lors de la frappe » → cadre « Remplacer » → option « Guillemets par des guillemets ». Lorsque la fonction est activée, chaque premier usage de la touche 3 (en position de minuscule) du pavé alphanumérique produit des guillemets ouvrants, et chaque second des guillemets fermants.

<sup>2</sup> Celui-ci se crée en principe automatiquement lorsqu'il est fait usage du procédé décrit à la note précédente. À défaut, il s'obtient en Word par Maj-Ctrl, barre d'espace.

## Instructions aux auteurs

crochets. Employer les crochets en premier niveau et les parenthèses en second n'est pas conforme aux usages du français.

Nous vous demandons de n'employer jamais le soulignement, ni pour les titres ni dans le texte. En typographie soignée, on ne souligne jamais. Dans le texte, ce que l'on soulignerait en écriture manuscrite doit être imprimé en *italique*.

En règle, le gras est réservé aux titres. Dans le texte, ce type de caractère est trop lourd et, partant, peu heureux d'un point de vue esthétique. Ici également, les mots que l'on veut mettre en valeur doivent apparaître en italique. Ceux que l'on veut « souligner » au sein d'un groupe en italique doivent apparaître en romain. De manière générale, il convient de ne pas abuser de l'italique. Il est destiné à mettre spécialement en valeur certains mots, mais il est bien évident que si son usage est trop fréquent, il perd sa valeur d'« attire-l'œil ».

Les citations doivent être encodées en romain, entre guillemets. Il ne faut pas employer à la fois ceux-ci et l'italique, comme le veut un usage fort répandu, mais fautif.

Lorsqu'une coupure est pratiquée dans une citation, elle doit être marquée par trois points encadrés, dans tous les cas, de crochets.

Pour achever une énumération en indiquant que d'autres occurrences sont possibles, la formulation correcte est « etc. » (avec un seul point abréviatif, précédé d'une virgule). Si « etc. » est le dernier élément de la phrase, le point abréviatif a la valeur de point final. S'il n'est pas le dernier élément, « etc. » sera suivi d'un signe de ponctuation (virgule, d'un point-virgule, parenthèse, double point, tiret d'incision) et la phrase reprendra son cours normal.

Les lettres suivant un nombre pour exprimer les adjectifs numériques ordinaux doivent apparaître en exposant<sup>3</sup>. La seule forme correcte est 1<sup>er</sup> pour « premier », 1<sup>re</sup> pour « première », 2<sup>e</sup> pour « deuxième », etc. À partir de 2, l'abréviation est toujours «<sup>e</sup> ». Toutes les autres formes (ier, ière, ème, ième, etc.) sont incorrectes. Toutefois, en anglais, les lettres des numériques ordinaux (st, nd, rd, th) s'écrivent en caractères ordinaires et non en exposant.

**Dans les notes, les noms d'auteurs (ainsi que de marques, de sociétés, etc.) doivent être encodés en petites majuscules<sup>4</sup> (grande pour la première lettre, petites pour les suivantes) (voy. aussi, *infra*, Références bibliographiques). La présentation de ces noms en grandes majuscules n'est pas conforme au bon usage et sa transformation nécessite un travail de correction long et fastidieux.**

Les noms d'institutions, ainsi que les titres de livres et de revues, ne prennent de majuscule qu'au premier mot, tous les autres devant s'écrire avec une minuscule (par ex. : Cour de cassation, Conseil de la concurrence, Office national de sécurité sociale, Faculté de droit, Université catholique de Louvain, Code civil, *Rev. trim. dr. fam.*,

---

<sup>3</sup> Dans Word 97 ou 2000, ils peuvent être générés automatiquement par : Outils → Correction automatique → onglet « Lors de la frappe » → cadre « Remplacer » → option « Numériques ordinaux en exposant ». La forme correcte se crée dès l'activation d'une touche quelconque ou de la barre d'espace après l'entrée de la ou des lettres.

<sup>4</sup> Dans Word, sélectionner l'onglet « Police » et cocher « Petites majuscules » dans Effets.

## Instructions aux auteurs

*Rép. not.*, etc.). Le mot « ministre » (comme tous les titres de fonction, nobiliaires, etc.) s'écrit toujours avec une minuscule (mais le département s'écrit avec une majuscule [ex. : ministre de la Justice, des Affaires étrangères, de l'Agriculture et des Classes moyennes]). De manière générale, d'ailleurs, il convient d'appliquer rigoureusement le principe, trop méconnu, selon lequel la minuscule est la règle et la majuscule l'exception (*Coups de règle*, Larcier, coll. « Petites fugues », 1999, p. 105).

### RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

En ce qui concerne l'indication des références, nous suivons en général les règles du *Guide des citations, références et abréviations juridiques*, publié sous la direction de L. Ingber et réalisé sous le patronage du groupe belge de l'Association internationale de méthodologie juridique, Bruxelles, éditions Kluwer (4<sup>e</sup> éd., 2002).

Quelques exemples:

Ouvrage : A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 1997.

Article : I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 207.

Jurisprudence : Cass., 22 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 476.

Législation : Loi du 7 juillet 2002 contenant des règles relatives à la protection des témoins menacés et d'autres dispositions, *M.B.*, 10 août 2002, p. 34665.

Dans les références, l'usage en français veut que l'initiale du prénom précède le nom.

**Les noms doivent être encodés en petites majuscules mais jamais en grandes majuscules.** Cette dernière présentation n'est pas conforme au bon usage et sa transformation nécessite un travail long et fastidieux de correction.

Lorsqu'un prénom commence par un digramme, il convient de conserver, en l'abrégé, la deuxième lettre du groupe (Ph. pour Philippe, Gh. pour Ghislain, Ch. pour Charles, Th. pour Thierry ou Thérèse, etc., et non P., G., C., T.). Lorsque la deuxième lettre d'un prénom est un r ou un l, on a le choix de la conserver ou non en abrégé. Il convient bien sûr de conserver la présentation choisie pour l'ensemble de l'ouvrage.

Le trait d'union des prénoms composés doit subsister lorsque ceux-ci sont abrégés : J.-L. Fagnart ou Renchon, M.-Th. Meulders, A.-M. Stranart, etc.

Les divers éléments composant une référence de doctrine ou de jurisprudence doivent être séparés les uns des autres par une virgule. Nous vous demandons de respecter dans tous les cas cette exigence, trop souvent méconnue.

Les titres de livres et de revues s'écrivent en italique. Les titres d'articles ou de contributions à un ouvrage collectif s'écrivent en romain et sont encadrés de guillemets.

Le titre de certaines revues est susceptible de plusieurs abréviations. Par exemple, *Rev. trim. dr. fam.* ou *R.T.D.F.* ; *Rev. rég. dr.* ou *R.R.D.* ; *Rev. gén. cont. fisc. ou R.G.C.F.* sont l'un et l'autre corrects. Il est essentiel, pour que la présentation soit homogène, de s'en tenir tout au long de l'ouvrage à la même abréviation.

L'indication du numéro de chambre ou de canton des juridictions peut figurer soit entre parenthèses, soit entre deux virgules, mais elle doit toujours s'effectuer sous

## Instructions aux auteurs

l'une ou l'autre de ces formes, le choix de l'une excluant définitivement l'usage de l'autre.

On peut –et ceci vaut également pour les notes de bas de page– écrire le nom des mois dans les dates des décisions judiciaires, des textes légaux et réglementaires, etc., soit sous leur forme complète, soit en abrégé. Mais il est impératif de toujours les présenter de la même manière. Il est extrêmement agaçant, pour le lecteur, de voir, parfois dans une même note, 20 janvier 1997, puis 10 juill. 2002, puis encore 15 décembre 1999, suivi de 12 déc. 2001. On ne répétera jamais assez que l'homogénéité de la présentation est une règle cardinale.

Les mois doivent être indiqués en lettres, et non en chiffres. Le chiffre du quantième entre 1 et 9 ne doit jamais être précédé de 0.

### NOTES INFRAPAGINALES

Pour la facilité du lecteur, il faut publier les notes en bas de page, et non à la fin du chapitre ou de l'ouvrage. Les appels de notes sont indiqués sous la forme d'un signe « exposant » (exemple : note<sup>5</sup>).

Le signe d'appel de note doit toujours précéder l'éventuel signe de ponctuation que comporte la phrase, et non le suivre (cette dernière disposition est l'usage anglais, mais est incorrecte en français).

On évitera de disposer les références dans le texte même, entre parenthèses. En effet, cette présentation rend bien souvent la lecture du texte fort malaisée et, dans un premier temps en tout cas, le lecteur peut ne pas s'intéresser aux références mais au texte uniquement.

Lorsque l'ouvrage est très volumineux, et donc les notes très nombreuses, il est conseillé de recommencer la numérotation à 1 à chaque nouveau chapitre. Un appel de note de quatre chiffres est lourd et inesthétique.

### RENOIS

Pour la facilité de vos lecteurs, nous vous demandons, lors de renvois vers des paragraphes précédents ou suivants, de toujours indiquer la subdivision structurelle et le titre correspondant. Les mentions *infra*, *supra* ou *ibidem* sans plus d'indications, ne font qu'irriter inutilement le lecteur.

Veillez à ne jamais renvoyer à un numéro de page, cette numérotation étant susceptible de différer suivant les épreuves.

#### Quelques abréviations utiles :

<b>Cf. :</b>	<b>Comparez, rapprochez</b>
<b>Ibid. (+ réf.) :</b>	<b>Dans le même ouvrage ou dans le même passage</b>
<b>Op. cit. :</b>	<b>Source (généralement doctrinale) citée précédemment</b>
<b>Voy. :</b>	<b>Voyez</b>

### TERMES ÉTRANGERS

Les termes étrangers, en quelque langue qu'ils soient, doivent être inscrits en italique, sans être entourés de guillemets.

## Instructions aux auteurs

Toutefois, les noms d'institutions, au sens le plus large du terme, s'écrivent en romain, également sans guillemets (Foreign Office, Department of State, FBI, Landesgericht, Hooge Raad, etc.).